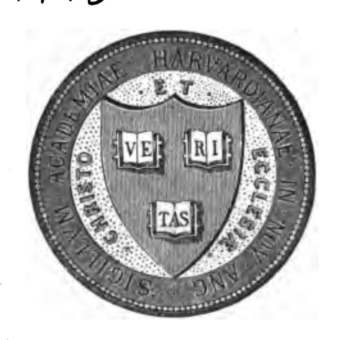
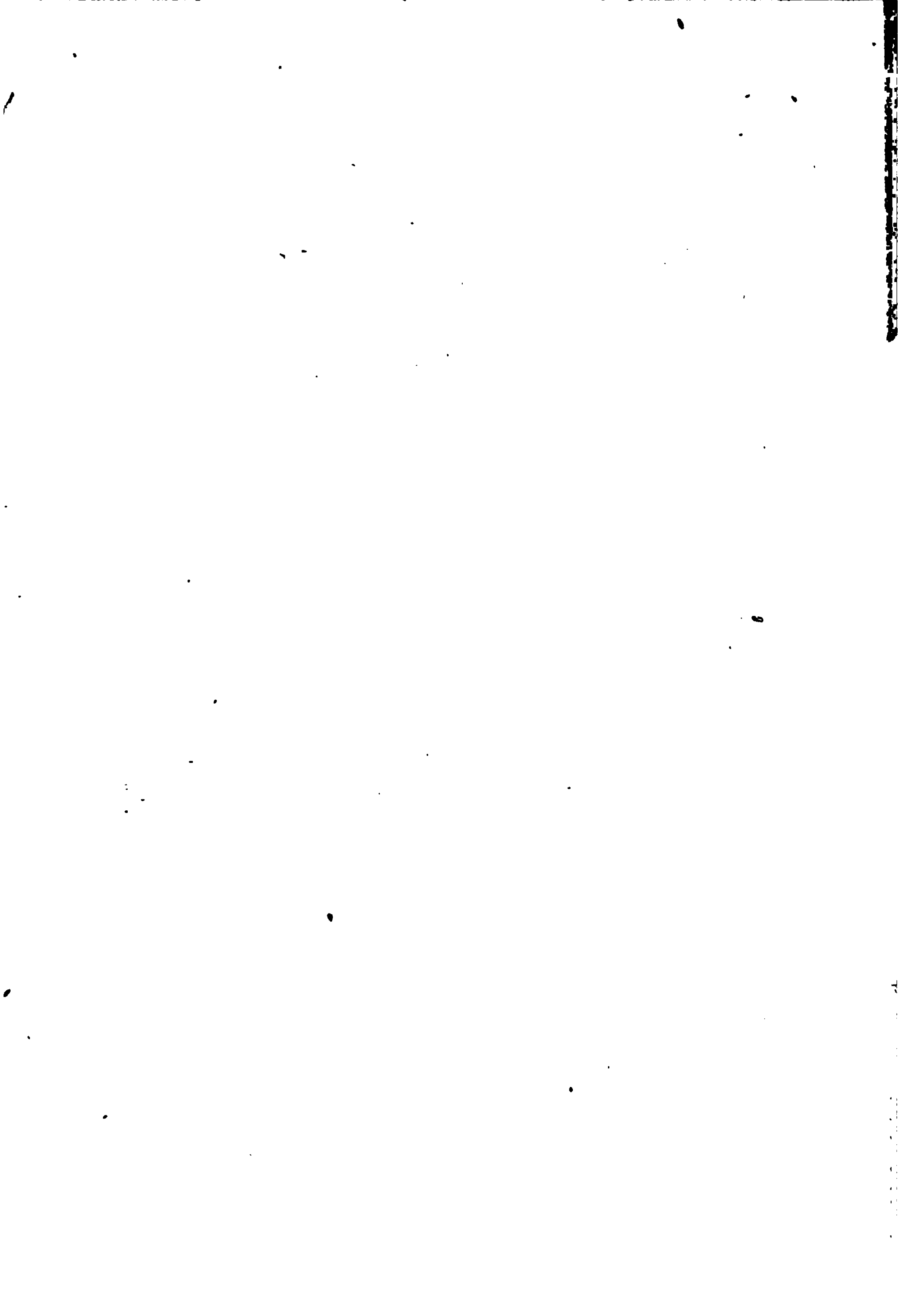
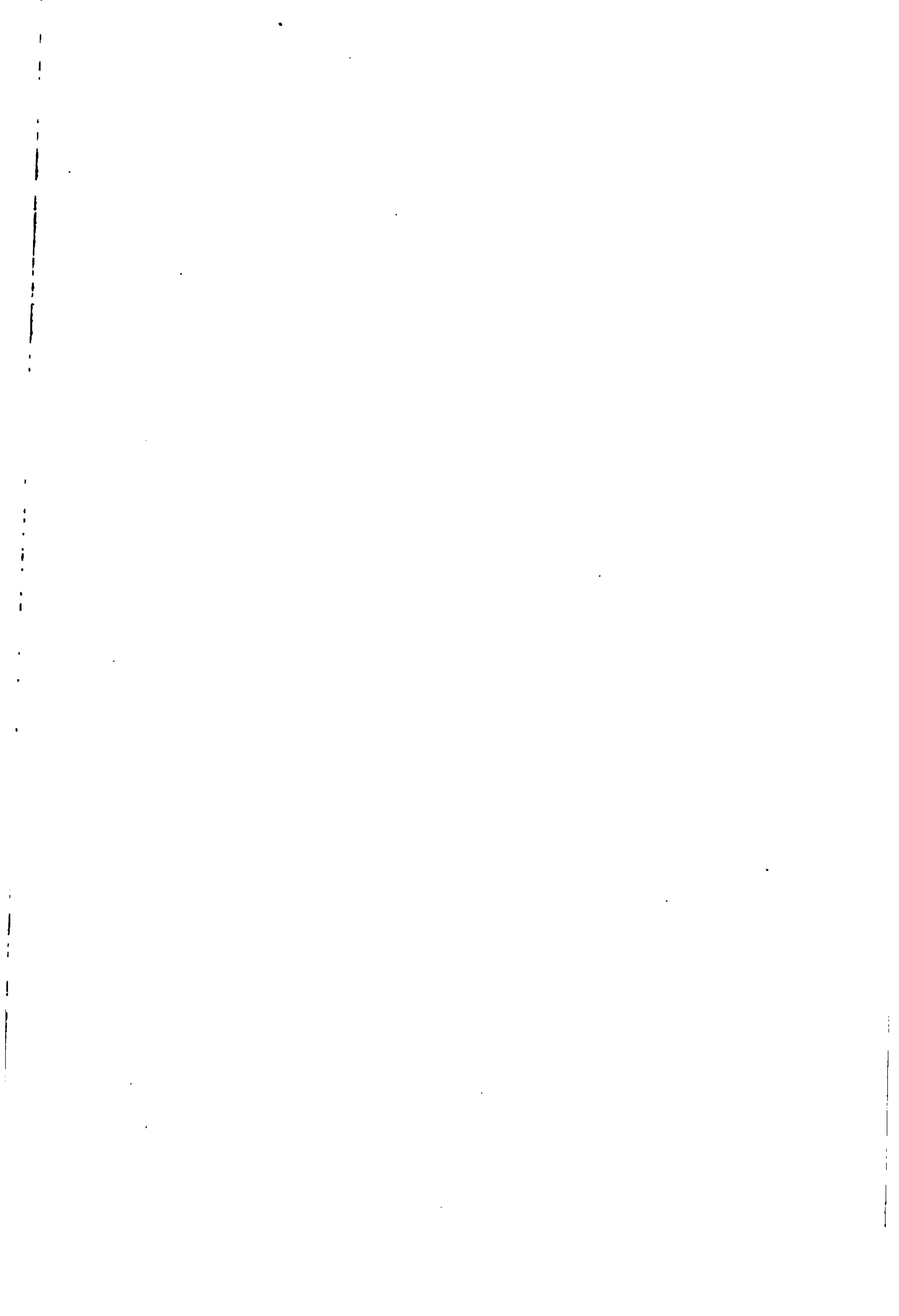


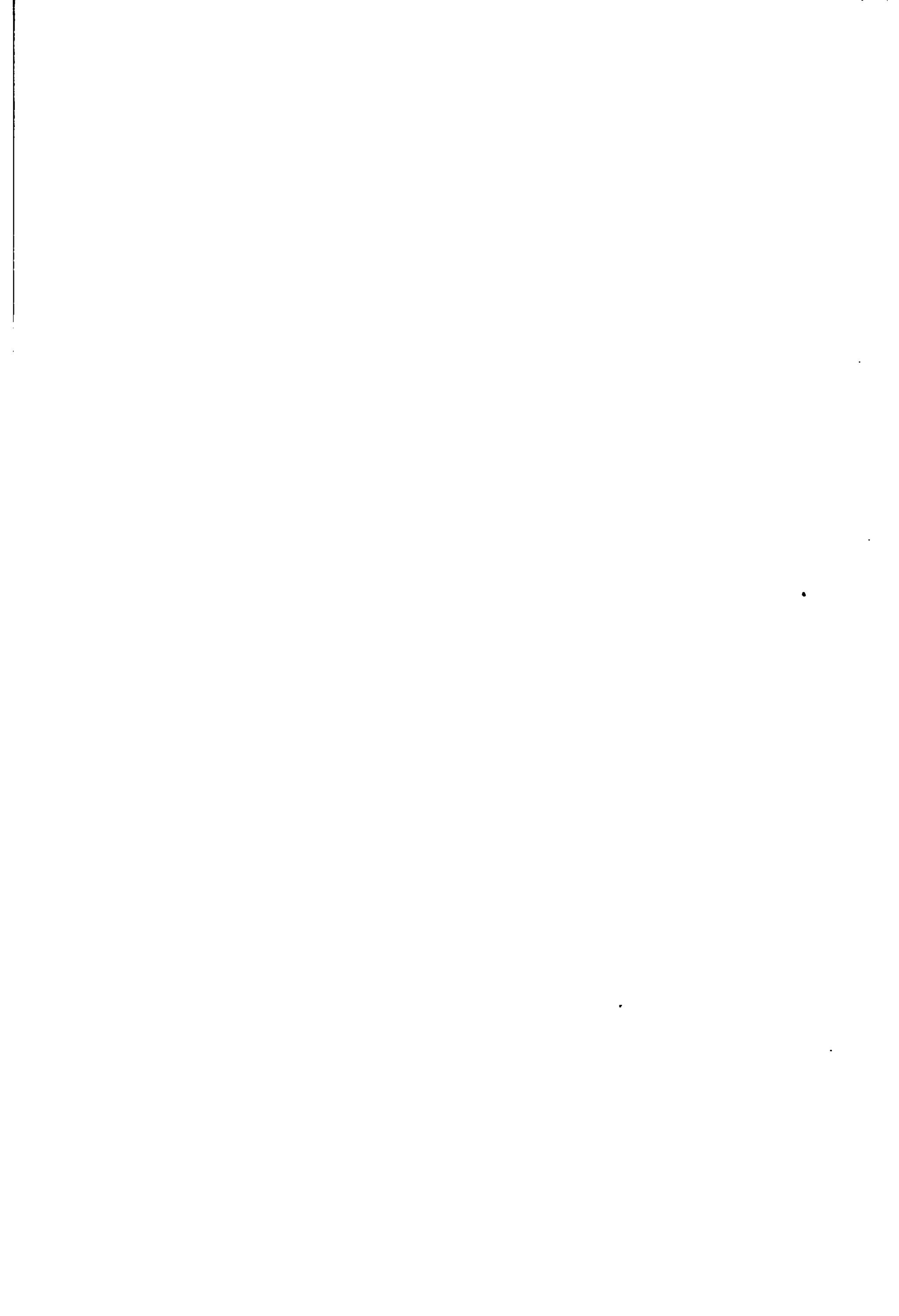

SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS











Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

Dr. Rudolf v. Ihering,

Dr. Ferdinand Regelsberger und **Dr. Richard Schröder,**

Professoren an der Universität in Göttingen.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien.

und

Dr. Otto Bähr,
Reichsgerichtsrath a. D. in Kassel.

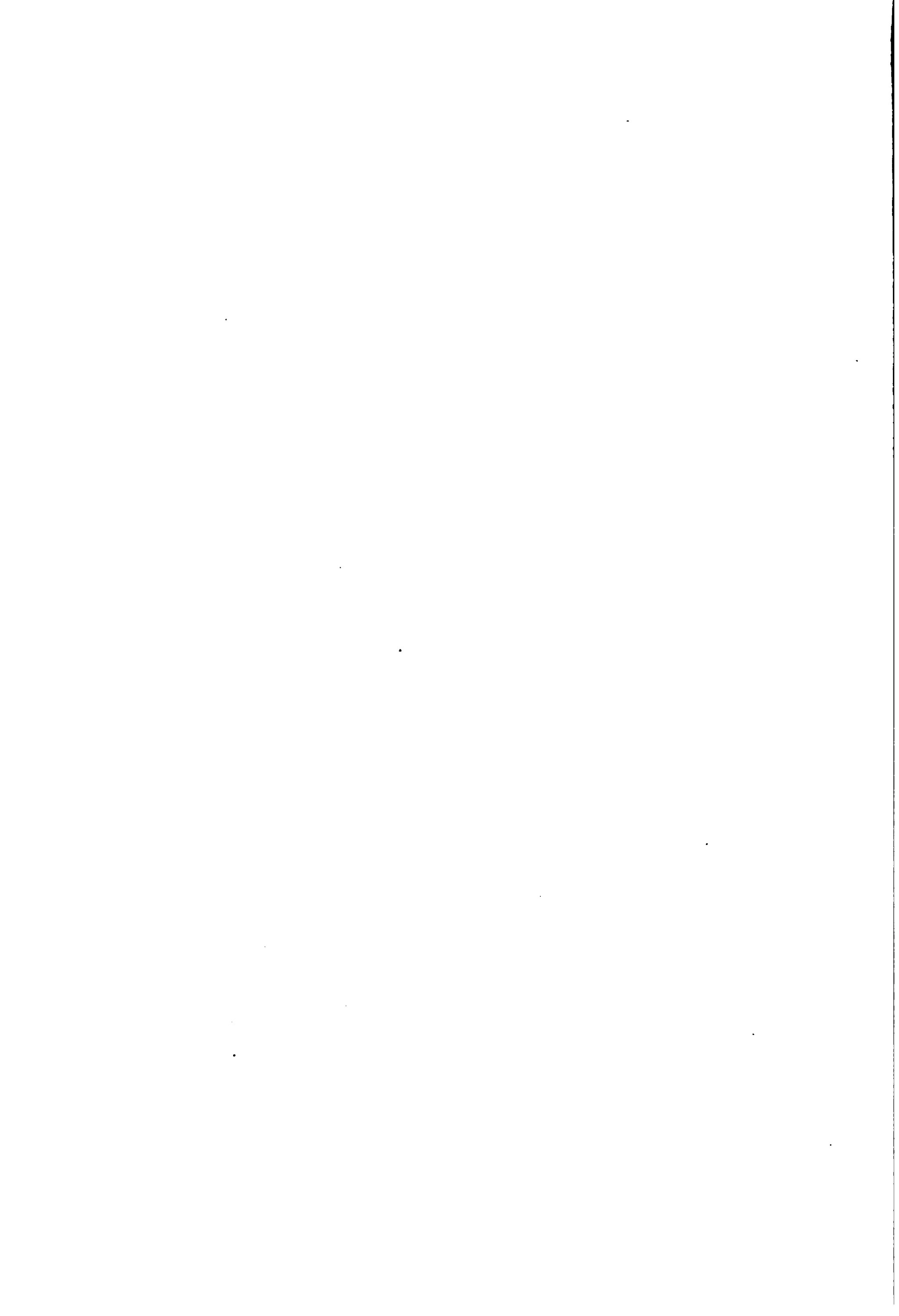
Fünfundzwanzigster Band.
Neue Folge XIII. Band.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1887.

1886, Oct. 4 – 1887, July 12.

Sumner fund.

Inhalt.






Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

Dr. Rudolf v. Jhering,

Dr. Ferd. Regelsberger und Dr. Richard Schröder,

Professoren an der Universität in Göttingen.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger und **Dr. Otto Bähr,**

Präsidenten des Reichsgerichts in Wien. — Reichsgerichtsrath a. D. in Kassel.

XXV. Band. 1. und 2. Heft.

Neue Folge XIII. Band. 1. und 2. Heft.

Jena,

Verlag von Gustav Fischer.

1886.



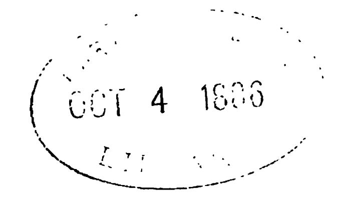
Inhalt.

Die Herren Mitarbeiter erhalten für ihre Beiträge ein Honorar von 40 Mark und außerdem werden ihnen 12 Sonderabdrücke unentgeltlich geliefert, eine größere Anzahl gegen Erstattung der Herstellungskosten.

Manuscriptsendungen sind nach Göttingen an die Adresse eines der Herausgeber zu richten.

Der Redaction der „**Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts**" werden nicht selten Prüfungsarbeiten aus dem Referendarexamen und Doctordissertationen zur Aufnahme in die „Jahrbücher" zugesandt. Sie sieht sich zu der Erklärung genöthigt, daß sie derartige Erstlingsarbeiten ungelesen an ihre Verfasser zurückgehen lassen wird.

Die Redaction.



I.

Die Menschenhülfe im Privatrecht

von

Professor **Dr. J. Kohler** in Würzburg.

Motto.
Der Rechtsfortschritt ist Kulturfortschritt, und jeder wahre Kulturfortschritt führt zur sittlichen Vervollkommnung.

I. Einleitung.

Im 5. Buch Mose 22 v. 1 f. findet sich die schöne Bestimmung: „Wenn du deines Bruders Ochsen oder Schaf siehest irre gehen, so sollst du dich nicht entziehen von ihnen, sondern sollst sie wieder zu deinem Bruder führen. Wenn aber dein Bruder dir nicht nahe ist, und kennest ihn nicht, so sollst du sie in dein Haus nehmen, daß sie bei dir seien, bis sie dein Bruder sucht, und dann ihm wieder gebest. Also sollst du thun mit seinem Esel, mit seinem Kleide und mit allem Verlornen, das dein Bruder verlieret, und du es findest; du kannst dich nicht entziehen. Wenn du deines Bruders Esel oder Ochsen siehest fallen auf dem Wege, so sollst du dich nicht von ihm entziehen, sondern sollst ihm aufhelfen". Aehnliches besagt Buch 2 c. 23 v. 4 f. Darauf hat die jüdische Jurisprudenz den Satz gebaut, daß es die Rechtspflicht eines Jeden sei, den Andern vor drohendem Schaden möglichst zu bewahren [1]); und wie ernst dies gemeint ist, beweist das

1) Fassel, mosaisch rabbin. Civ.-R. I S. 194 f.

dem mosaischen Recht in vielen Punkten nachgebildete Recht der Armenier von Lemberg [1]), welches im c. 64 folgenden Satz aufstellt:

Si vero aliquis cum altero ad viam exiverit et uni ex eis accidens aliquod evenerit, videlicet aut per casum equi aut in ponte equus irretitus fuerit — aut currus oneratus in lutoso loco fuerit imersus, quod de facili ex luto exire non potest, aut talis currus pervertitur aut frangitur, tunc comes vie non debet ab illo socio sustinente accidens recedere; si vero recesserit, potest judicialiter eum convenire, quem jus debet secundum justiciam et jus punire.

Eine so weitgehende Rechtspflicht ist nur in solchen einfachen Verhältnissen durchführbar, und sie ist nur in Zeiten räthlich, wo das Recht mit Religion und Sittlichkeit im nächsten Bunde steht, so daß durch ein solches Hervortreten des Rechts die übrigen Gebiete nicht zu leiden haben. Denn das ist offensichtlich, daß durch solche Rechtspflicht die Macht der Individualität bedeutend geschwächt, ihre Initiative wesentlich beeinträchtigt wird; daß der Charakter, der nur in der freien Wahl seine Größe entfalten kann, unter dem Drucke des äußeren Zwanges Noth leidet [2]) — Uebelstände, welche sofort eintreten müssen, sobald die sittlichen Mächte des Theokratismus nicht mehr ausreichen, um diesen Mangel zu decken — und sie reichen gewöhnlich nur einige Zeit aus. Dazu kommen die Tausende von Complicationen, welche in unseren ver-

1) Bischoff, Das alte Recht der Armenier in Lemberg (Separatabzug aus den Wiener Sitz.-B. phil. hist. Class. XL. S. 31. [283]). Eine Analyse dieses wichtigen Rechtsdenkmals werde ich alsbald an einem anderen Orte geben.

2) Vgl. meinen Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S. 78 f.

wickelten Lebensverhältnissen eintreten, die Fülle der Conflicte, welche sich entspinnen würden, wenn die Hülfe eines Jeden und für einen Jeden ein rechtliches Gebot wäre — die Lebensaufgabe eines Jeden würde durch ständige Nebenaufgaben zerstückelt, die organisirte Thätigkeit durch ständige Unterbrechungen zerrissen. Eine Hülfs- und Unterstützungspflicht kann daher nur in beschränktem Kreise, nur unter den nächsten Angehörigen statuirt werden — im Princip. Für gewisse ganz besondere Fälle kann immerhin eine Ausnahme gelten, denn die Besonderheiten der Lebensverhältnisse können solche Ausnahmen herbeiführen. Im übrigen muß die Menschenhülfe zunächst der Sittlichkeit überlassen werden [1]), und hier feiert sie ihre schönsten Triumphe. Die Fülle der Liebe entfaltet sich da am schönsten, wo sie nicht in das Treibhaus der Rechtspflicht gesetzt ist, wo sie in freier, sittlicher Natur ihre Wurzeln schlägt. Hier entfaltet sich nicht bloß die äußere That, hier entfaltet sich das innere Gefühl wahrer Menschenliebe, wahrer Aufopferung für Dritte, und dieses Gefühl ist ein Fonds edler Menschlichkeit, in welchen kein Zwang zersetzend eingreifen darf. Nur eines ist zu betonen: als Wächter der Sittlichkeit haben wir keine Censur, aber die Menschheit hilft sich im Großen und Ganzen durch die Werthschätzung, welche sie für einen jeden Menschen an den Tag legt; ist auch diese Schätzung oft falsch oder mißleitet, so ist doch schon der Umstand, daß eine wenn auch nur fiktive Tugend ihre Anerkennung, ein obschon nur fiktives Laster seinen Abscheu findet, ein erfreuliches Zeichen für das lebendige Walten der sittlichen Mächte im Organismus der Gesellschaft. Und dieses darf nicht unterschätzt werden. Ganz besonders verfehlt ist es, wenn man mit den Pflichten der Sittlichkeit die Pflichten des

1) Vgl. zum folgenden die sehr interessante Schrift von Sainctelette, fragment d'une étude sur l'assistance maritime (Bruxelles 1885).

Rechts verwechselt, wenn man glaubt, daß eine Person, welche sich innerhalb der Schranken des Rechts bewegt, schon deßhalb sittlich integer sei, daß sie sittlich integer sei, auch wenn sie sich bis an die äußersten Grenzregionen des Rechts verloren hat. Erhaben ist die Aufgabe des Rechts, aber sie absorbirt nicht die Sittlichkeit, und es kann Jemand rechtlich unantastbar und doch im höchsten Grade unsittlich sein.

Multa legem non habent nec actionem, ad quae consuetudo vitae humanae lege omni valentior dat aditum [1]).

Auch wenn es keine Wuchergesetze gibt, ist der Wucherer mit Recht von der öffentlichen Meinung gebrandmarkt, und die öffentliche Meinung ist eine Macht; das Gericht wird seinem Anspruch nachgeben müssen, aber schon an dem Barreau wird und muß er Schwierigkeiten finden, und nur die gerichtliche Aufstellung nach § 33 der Anwaltsordnung würde einen Anwalt vor seinem Berufsstande entschuldigen, wenn er sich einer solchen Sache annimmt. Denn für das ehrengerichtliche Verfahren gilt nicht nur der § 31, sondern auch der § 28 der Rechtsanwaltsordnung [2]).

Ganz besonders kommt die sittliche Menschenhülfe zur Geltung auf dem Gebiete der freien Association [3]), und wo der Einzelne durch Beruf und Pflicht abgehalten ist, da kann er seine Beihülfe durch Zutritt zur Association manifestiren; im Associationswesen wirkt die Menschenhülfe kraft organisatorischer Thätigkeit, und in dieser Organisation feiert sie viel grö-

1) Seneca, de benef. V 21.

2) § 28: Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, — durch sein Verhalten in Ausübung seines Berufs — sich der Achtung würdig zu zeigen, die sein Beruf erfordert.

3) Ueber den organisirten Altruismus vgl. auch Dargun, Egoismus und Altruismus in der Nationalökonomie S. 54 f.

ßere Triumphe, als in der Vereinzelung: die Unterstützung wird reichlicher, sie ist dem Bedürfniß des einzelnen Falles angemessener, als wenn sie ex abrupto in zerstückelter Weise durch den Einzelnen nach Vermögen und Laune erfolgte. In viel weiterem Umfange aber kommt die Menschenhülfe zur Geltung durch den Staat und die übrigen öffentlichen Verbände. Von den Zeiten des bloßen Rechts- und Repressivstaates sind wir glücklicher Weise recht weit entfernt, und wenige werden ihn zurückwünschen. Immer mehr Aufgaben der Menschenhülfe zieht der Staat in seinen Bereich; immer mehr sorgt er für die Armen, Schwachen, Hülflosen, und in der staatlich organisirten Arbeiterversicherung liegt ein hoher Fonds sittlichen Gehaltes — immer weiteren Kreisen werden die Wohlthaten geordneter staatlicher Existenz fühlbar — doch dieses Gebiet haben wir hier nicht zu verfolgen [1]). Wohl aber sind noch einige Fälle zu besprechen, wo ausnahmsweise die allgemeine Menschenhülfe zur Pflicht gemacht ist.

II. Rechtspflicht der Menschenhülfe.

Die eine Bestimmung bezieht sich auf einen besonderen Fall der drohenden Gefahr, auf ein drohendes Verbrechen; in den verschiedensten Gesetzgebungen ist eine Anzeigepflicht statuirt, vielfach eine Anzeigepflicht bei begangenem Delicte, noch mehr aber eine Anzeigepflicht bei bevorstehendem Delicte, und dieser letztere Fall gehört hierher. Wie schon das Römische Recht [2]) in einigen Fällen, insbesondere bei dem Vorhaben des Parricidium eine Anzeigepflicht festsetzte [3]), wie das gemeine Recht bei

1) Ueber den Altruismus in der Staatsthätigkeit vgl. Dargun a. a. O. S. 72 f.

2) Ueber das chinesische Recht vgl. mein Chinesisches Strafrecht S. 36 f.

3) Vgl. fr. 2 de lege Pomp. de parric.

schweren Delicten eine Anzeige erfordert, ist bekannt [1]); ebenso bekannt ist die Bestimmung des deutschen St.-G.-B. § 139, sowie die Bestimmung des § 13 des deutschen Sprengstoffgesetzes; von den, öffentliche Delicte betreffenden, § 60, 77, 104 des deutschen Militärstrafgesetzbuchs kann hier abgesehen werden. Auch der § 139 St.-G.-B. spricht von öffentlichen Delicten, wie Hochverrath, Landesverrath und Münzverbrechen, er spricht aber auch von Delicten gegen Privatinteressen, wie Mord, Raub, Menschenraub, und die Anzeigepflicht ist hier zugleich eine Pflicht zur Vermeidung privater Verletzung eines Dritten, eine Pflicht zur Thätigkeit im Interesse eines Mitmenschen.

Ein zweiter Fall ist der Fall der polizeilich gebotenen Menschenhülfe, von welchem der § 360 Z. 10 des RStGB. handelt [2]). Dieser Fall hat mit dem vorigen das gemein, daß die Pflichten, obgleich sie Privatinteressen mitbetreffen, doch keine private, sondern publicistische Pflichten darstellen: Pflichten, welche dem Einzelnen nicht zur Wahrung der spezifischen Einzelinteressen, sondern im Interesse öffentlicher Sicherheits- und Wohlfahrtsregelung auferlegt sind, so daß der Einzelne nur per consequentiam dadurch Vortheil erlangt — ganz ebenso wie bei vielen staatlichen Veranstaltungen. Daher kann, wenn die Anzeige oder Beihülfe unterlassen ist, zwar Bestrafung eintreten, aber eine Entschädigungspflicht gegenüber der in Folge der Unterlassung benachtheiligten Person ist nicht zu statuiren.

---

1) Vgl. Liszt, Lehrb. des deutschen Strafrechts S. 592.

2) Vgl. auch § 21 des Reichspostgesetzes: „Wenn den ordentlichen Posten, Extraposten, Kurieren oder Estafetten unterwegs ein Unfall begegnet, so sind die Anwohner der Straße verbunden, denselben die zu ihrem Weiterkommen erforderliche Hülfe gegen vollständige Entschädigung schleunigst zu gewähren".

Ebenso verhält es sich mit einer dritten Beihülfepflicht, welche dem Seerecht angehört, mit der Pflicht, schiffbrüchige Personen zu bergen. Es wird im Folgenden sich ergeben, wie in dieser Situation vielfach der Egoismus zur Menschenrettung geführt hat: man rettete den Menschen und machte ihn zum Sclaven, man verlangte von ihm den Lebenspreis, das Compositionsgeld. In eigenartiger Weise aber ist in der neueren Gesetzgebung die Rettungspflicht zu Tage getreten, zuerst in Verbindung mit den Bestimmungen über die Schiffscollision: das Schiff, welches bei der Collision erhalten blieb, soll sich nicht theilnahmlos wegwenden, sondern für das zu Schaden gekommene Schiff nach bestem Vermögen sorgen; die Apathie gegen die Schicksale des unglücklichen Schiffes, das theilnahmlose Verhalten, das Sichentfernen, ohne ihm Beistand zu leisten, sind Dinge, welche von jeher als verdächtig erschienen sind: sie erregten die Vermuthung, daß es dem Kapitän eines solchen Schiffes nicht wohl zu Muthe sei, sie begründeten einen Verdacht dahin, daß durch sein Verschulden die Collision herbeigeführt worden ist. Diese Vermuthung hat die englische Gesetzgebung zu einer gesetzlichen Präsumtion erhoben; sie hat mehr gethan: sie hat auf dieses Verfahren eine Strafe gesetzt[1]). Damit war die Bahn gebrochen; es bedurfte nur noch eines Schrittes: man abstrahirte von dem (allerdings häufigsten) Falle der Collision und statuirte die allgemeine Pflicht, einem nothleidenden Schiff oder auch einer zur See nothleidenden Person thunlichst Beistand zu leisten — und ein neuer Akt der Menschenhülfe war mit rechtlicher Sanction umgeben — ein Act, für welchen sich eine solche Sanction um so mehr eignet, als die Staats- und Genossenschafts-

1) Schon 25. 26 Vict. c. 63 s. 33, jetzt Merchant Shipping Act v. 1872 (36. 37 Vict. c. 85) s. 16. Vgl. darüber auch Sainctelette, assist. marit. p. 10 f.

hülfe zur See zwar manches ausrichten kann, in den meisten Fällen aber dem unermeßlichen Elemente gegenüber machtlos dasteht.

So hat denn auch der Antwerpener Congreß v. 1885 a. 43 den Satz aufgestellt: Le capitaine qui rencontre un navire, même étranger ou ennemi, en détresse, doit venir à son aide et lui prêter toute l'assistance possible, sous des pénalités à comminer par la loi de son pays; und eine weitgehende Unterstützungspflicht statuirt das deutsche Gesetz v. 27. Dezember 1872.

Auch diese Pflicht ist keine private Verpflichtung des einen gegen den andern, es ist eine publicistische Pflicht, eine Pflicht, welche der Staat auferlegt, weil nicht nur der Einzelne, weil auch die Gesammtheit an der Sicherheit der Schifffahrt und an der Rettung des Menschenlebens betheiligt ist. Dies ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte dieser Verbindlichkeit, und es sind bis jetzt keine Momente hervorgetreten, welche die Nöthigung ergäben, die Pflicht aus dem publicistischen Verbande zu lösen und in den privatrechtlichen Kreis zu übertragen. Vgl. auch das cit. deutsche Gesetz § 8.

Daraus ergibt es sich, daß zwar manche Fälle der Menschenhülfe nicht der freien sittlichen Initiative preisgegeben sind, daß in manchen Fällen die Zuchtruthe des Gesetzes die allgemeine Menschenhülfe gebietet — daß aber diese Fälle nicht in das Gebiet des Privatrechts gehören, daß daher eine privatrechtliche Verpflichtung zur generellen Menschenhülfe nicht zu statuiren ist.

Wohl aber kann das Privatrecht mit seinen Pflichtverhältnissen indirekt die Menschenhülfe berühren, und die Art, wie es diese Verhältnisse gestaltet, kann für die Bethätigung der Menschenhülfe von Bedeutung sein: die Menschenhülfe findet im Privatrecht zwar nicht ihr Gebot, aber sie findet in

ihm Förderung, Unterstützung, Aneiferung; und auf dieses Verhältniß des Privatrechts zur Menschenhülfe ist hier einzugehen.

III. Geschäfte in der Nothlage[1]).

§ 1.

Würde die Rechtsordnung den Satz statuiren, daß Geschäfte in der Nothlage nichtig seien, so wäre dies das beste Mittel, um jede hülfreiche Hand abzuwenden und den Unglücklichen seinem Schicksale unrettbar preiszugeben. Die Frage trat an die Römer heran, sie war im Alterthum praktisch, wie heutzutage; auch damals gab es Banditen, welche auf einen riscatto abzielten, und die Lehre vom metus war der Ort, wo die Frage brennend wurde; sie war es, seitdem die Römer des Gedankens mächtig wurden, daß die actio quod metus causa auch in der Art in rem gehe, daß es nicht darauf ankomme, von welcher Person der metus erregt werde. Darauf ist zum Verständniß des Ganzen noch etwas näher einzugehen[2]).

Hat A. durch Furchterzeugung eine Sache für sich gewonnen, so kann sie auf einen Dritten, Vierten und Folgenden übergehen. Daß die actio quod metus causa die Sache auch in diese dritte und vierte Hand verfolgt, daß, um mit Pedius zu sprechen, der Richter eum ad quem res pervenit zur Restitution zwingt, etiamsi alius metum fecit, war zwar nicht unbestritten, aber die bejahende Meinung brach sich Bahn; Vivianus wird als Hauptautorität für dieselbe

---

1) Vgl. zum Folgenden namentlich Schliemann, Lehre vom Zwang, und Kramer, de leer van den psychischen dwang in het burgerlijke regt (1864).

2) Vgl. zum Folgenden auch Schmidt, Civil. Abhandl. S. 16 f.

angeführt, fr. 14 § 5 quod met. causa [1]); sie mußte wesentlich gestützt werden durch die natürliche Anschauung, welche den Eigenthumsübergang im Falle des Zwanges kaum für berechtigt erachten wird [2]); und bei der Weite und Unbestimmtheit des in bonis esse lag die Auffassung nahe, daß man den Veräußerer, welcher sich mit der exceptio metus im Besitze der Sache erhalten und die bereits übergebene Sache mit einer actio Publiciana wirksam verfolgen konnte [3]), als fortdauernden bonitarischen Eigenthümer erachtete [4]); und in der That ist diese Auffassung im römischen Rechte vertreten, sie findet sich in Paulli Sent. I 7, 6, in fr. 9 § 6 quod met. causa, sie findet noch einen Nachklang in der Entscheidung Gordian's in c. 3 de his quae vi [5]).

Ein davon wohl verschiedener zweiter Fall ist es, wenn von vorn herein der metus auf den Erwerb eines Dritten abzielt; und dieser Fall bietet wieder zwei Abstufungen: entweder soll der Erwerb dem Zwingenden und einem Dritten zu gute kommen, oder er soll bloß einem Dritten zu gute kommen. Daß diese Complication von der vorigen weitaus

---

1) Auch die Moralisten erkennen die Rechte des Gezwungenen gegen den dritten gutgläubigen Erwerber an. Vgl. Liguori, Theolog. moralis IV[5] nr. 719.

2) Vgl. darüber meine Abhandlg. in diesen Jahrbüchern XVI S. 340.

3) Denn die exceptio dominii wurde durch replicatio metus entkräftet.

4) Man vgl. hiermit fr. 28 de nox. act., fr. 57 mand. Vgl. auch Schulin, über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio S. 45 f., Czyhlarz in diesen Jahrb. XIII S. 44 f.

5) Die Sache geht also auf den Successor über mit dem ihr innewohnenden Mangel; daraus folgt aber auch, daß, wenn der Mangel in der Person des Vorgängers gelöscht ist, etwa durch res judicata (also durch Klagabweisung des Gezwungenen), der Mangel auch in der Person des Nachfolgers nicht mehr besteht; wie dies auch von Schmidt S. 18 richtig bemerkt wird.

verschieden ist, leuchtet ein: die actio quod metus causa könnte in rem scribirt sein, und es könnte nichtsdestoweniger wahr sein, daß der Zwang von demjenigen ausgeübt sein muß, zu dessen Gunsten der erste Erwerb stattfindet, so daß die sachverfolgende Natur der actio lediglich darin bestände, daß sie den Erwerb des Zwingenden auch in der dritten Hand erreichte. Wie richtig dies ist, beweist das französische Recht [1]) — allerdings nicht die französische actio quod metus causa, wohl aber die französische actio doli [2]): denn die letztere ist wie die erstere eine action en nullité [3]), und die actions en nullité verfolgen die Sache in dritte Hand; aber während die Metusklage auch dann begründet ist, wenn der Metus von einem Dritten herrührt, setzt die Dolusklage voraus, daß die Täuschung durch den Vertragschließenden selbst erregt oder unterstützt worden ist: ist aber dies der Fall, so geht die actio nach französischem Rechte auch gegen den dritten Erwerber der Sache, gegen denjenigen, welcher sie von dem dolosen Contrahenten weiter erlangt hat — selbst wenn er sie bona fide besitzt.

Am nächsten mußte nun der Fall liegen, wo der Vortheil des Zwingenden und des Dritten Hand in Hand gingen, so daß der Zwang zunächst zwar die zwingende Person, zu-

---

1) Ueber die actio und exceptio metus im älteren französischen Rechte vgl. namentlich Beaumanoir, Cout. de Beauvoisis XXXIV 26 f. (Beugnot II p. 14 f.).

2) Vgl. meine Gesammelten Abhandlungen S. 33 und die daselbst cit.; ferner Demolombe, Cours de Code Nap. XXIV nr. 183 f., Aubry et Rau, Cours de droit civil français IV § 336 (p. 259 f.). Bezüglich des holländischen Rechts vgl. Burg. Wetb. a. 1359. 1364. 1485. 1488 und dazu Kramer S. 493 f.

3) Ueber der Charakter der action en nullité und über den Unterschied derselben von der obligatorischen Restitutionsklage vgl. meine Gesammelt. Abhandl. S. 318 f.

gleich aber auch eine dritte bereichert — und doch ist hier noch Julian gestrauchelt. Ein Bürge zwingt den Gläubiger zur Acceptilation: die Acceptilation befreit den Bürgen, sie befreit aber auch den Hauptschuldner[1]; naturgemäß hat der Gläubiger die actio quod metus causa gegen den zwingenden Bürgen, wie aber verhält es sich mit dem debitor principalis? Noch Julian versagte[2]) mit gewohntem Conservativismus die actio gegen den Hauptschuldner: nach Julian besteht eine actio nur gegen den befreiten Bürgen, welcher sich seinerseits mit dem Hauptschuldner ins Benehmen setzen und diesen veranlassen muß, daß er zur Wiederbegründung der Hauptschuld mitwirkt; die auf den Bürgen wirkende Compelle war allerdings scharf genug, der Bürge riskirte die sententia judicis, und diese ging auf das quadruplum[3]). Es wäre also ähnlich, wie wenn Jemand in Folge des Zwanges des A. eine Sache an A und B zugleich geschenkt hätte und man ihn auf den Ausweg verweisen würde: actio gegen A, welcher aber bei der poena quadrupli es zu bewirken hätte, daß sich auch B zur Rückübertragung verstände. Allein: non inmerito Julianus a Marcello notatus est: auch gegen den gewesenen Hauptschuldner geht die actio, sie geht auf Restitution des Hauptschuldverhältnisses, ebenso wie gegen den Bürgen auf Restitution der Bürgschaftsverbindlichkeit: dem Geschädigten steht der directe Weg offen, er ist nicht auf den Umweg verwiesen.

Diese fortgeschrittene Meinung wurde von den Juristen unbedenklich angenommen. Schon Gajus läßt, wenn

---

1) Und dies selbst dann, wenn die Hauptschuld nicht aus Verbalobligation stammte: hoc jure utimur, ut, licet reus non sit verbis obligatus, tamen acceptilatione per fidejussorem liberetur, fr. 13 § 7 de acceptil.

2) Vgl. hierzu auch Schliemann S. 43.

3) So fr. 9 § 8 quod met. causa.

ex facto debitoris metum adhibentis die Bürgen durch Acceptilation befreit sind, die actio auch gegen die Bürgen zu: ut se reponant in obligationem, fr. 10 pr. quod met. causa — obgleich natürlich der andere Weg, sich bloß an den Hauptschuldner zu wenden, welcher für weitere Garanten sorgen solle, keineswegs abgeschnitten war, fr. 10 § 1 eod. Und unter den Severischen Juristen fand diese Lösung nicht mehr den mindesten Zweifel. Ging man doch auch unbedenklich zur dritten und letzten Complication über, zu dem Falle nämlich, wo der Erfolg des Zwanges lediglich dem Dritten zu gute kommt: auch in diesem Falle sollte die actio quod metus causa gegen den Erwerber, gegen den Dritten stattfinden: sie sollte stattfinden, selbst wenn der Dritte völlig unbetheiligt, selbst wenn er optima fide war [1]). Und fürwahr, diesen Schritt mußte man machen, wollte man zu einem ausgiebigen Schutze des Gezwungenen gelangen, und dies gerade in der römischen Gesellschaft, welche so viel Surprisen zeigte, wo die wandelbare Menge in fieberhaften Auftritten die römischen Großen bis zum Kaiser hinauf bestürmte [2]). Sind es doch gewiß auch solche Tumulte, solche Wirren, solche Pöbelscenen, welche den römischen Juristen vorschweben [3]); da wäre allerdings mit der persönlichen Haftung des Unruhstifters wenig gedient gewesen: die Menge zerblättert sich in eine Unzahl von Individuen, und wenn der Gewaltakt geschehen, ist keiner mehr zu fassen. Daher sagt Ulpian: sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto

1) Vgl. hierüber auch Pothier, Traité des obligat. I ch. 1 s. 1 a. 3 nr. 23.

2) Vgl. auch fr. 10 pr. ad leg. Juliam de vi publ.

3) Andere Gewaltthaten bestanden darin, daß man den Genöthigten festnahm und in seinen Hauskerker warf; solches war in der römischen Gesellschaft keine Seltenheit; man vgl. Paulli Sent. I 7, 8—10 (fr. 22 quod met. causa), vgl. auch fr. 5 pr. ad legem Juliam de vi publ.

locus erit, fr. 9 § 1 quod met. causa[1]); und daß gerade die Freilassungen auf solche Weise ertrotzt wurden, wissen wir aus fr. 17 pr. qui et a quib. (40, 9), und aus Dosith. 7. Mit Recht hebt Ulpian hervor, daß metus habet in se ignorantiam, weßhalb man dem Geschädigten den Nachweis nicht aufbürden könne, quis ei metum vel vim adhibu(er)it, fr. 14 § 3 quod met. causa. Vergl. auch Demolombe Cours de Code Nap. XXIV nr. 158.

Daher bestand kein Zweifel mehr: die Person des Zwingenden kam nicht weiter in Betracht, wenn es galt, die actio gegen den Erwerber zu statuiren; auch wenn der Zwingende ein Dritter, ein ganz Unbekannter, eine unfaßbare Menge war, so war die actio quod metus causa und die exceptio metus begründet, sie war begründet gegen den Erwerber d. h. gegen denjenigen, welcher aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte berechtigt war; und der pönale Charakter der actio quod met. causa, das quadruplum konnte hier keine Schwierigkeit machen — das quadruplum sollte ja lediglich Ungehorsamspön sein für Nichtbefolgung des richterlichen Geheißes, nicht Strafe für die Gewaltthat[2]) — die Gewaltthat als solche unterlag der lex Julia de vi[3]) und bezw. der lex Julia repetundarum[4]) oder sonstiger Ahndung[5]). So daher Ulpian in fr. 14 § 3 und in fr. 9 § 1 quod met. causa, sowie in fr. 4 § 33 de

1) Auch Sclaven und „Sclavenhorden" konnten die Zwingenden sein, fr. 16 § 1 quod met. causa, fr. 9 pr. qui et a quib.

2) Vgl. § 27 J. de act., fr. 14 § 1. 11. 15 quod met. causa, c. 4 de his quae vi; und hierüber Schliemann S. 5 f. 32. 46, Kramer S. 231 f., Lenel, Edict. perpetuum S. 91 f. Vgl. auch Eck, Festgab. f. Beseler S. 189 f.

3) Vgl. fr. 5 pr. ad leg. Juliam de vi publ., fr. 10 pr. eod., vgl. auch fr. 12 eod. Vgl. auch Wächter, Neues Archiv d. Criminalrechts XIII S. 225 f. 243. 375 f.

4) Titul. D. de lege Julia repetund., fr. 1 § 1 de calumn.

5) Vgl. tit. D. de concussione.

doli mali except.; so Paullus in fr. 11 quod met. causa. Vergl. auch c. 5 de his quae vi (a quo vis adhibita sit... utrum ab emptore an vero sciente emptore ab alio [1]).

Daher brauchte auch die Klagformel die Bezeichnung des Zwingenden nicht zu enthalten; im Gegensatz zur actio doli, von welcher Ulpian sagt: in hac actione designari oportet, cujus dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse, fr. 15 § 3 de dolo: wem auf öffentlicher Straße der Ring erpreßt wurde, wer, durch eine Pöbelscene bestürmt, sein ganzes Vermögen hingegeben hat — der soll nicht weiter den Schurken, welcher ihn angefallen hat, zu benennen, er soll nicht die unfaßbare Menge in ihre Individuen zu zerlegen haben; er soll es nicht nöthig haben, wenn sein Ring am nächsten Juwelierladen hängt oder sein Hausrath eben auf dem Markte versteigert werden soll.

§ 2.

Damit war man bis zu den äußersten Gränzen gelangt; ein unvorsichtiger Umschlag, und man wäre an dem Falle gestrauchelt, welchen wir zum Ausgangspunkt unserer jetzigen Untersuchung genommen haben [2]).

Der eine Satz nämlich muß unter allen Umständen aufrecht erhalten werden, daß zwischen der Vergewaltigung und dem Rechtsgeschäft nicht nur ein objectives Causalitäts-, sondern ein subjectives Zweckverhältniß vorhanden sein muß [3]); denn

1) Das sciente emptore bezieht sich auf den dem Kaiser vorgetragenen Rechtsfall, es hat keine limitative Bedeutung. Bekanntlich fehlt es auch in den Basiliken (X 2, 28; Heimbach I p. 496). Vgl. Kramer S. 186 f.

2) Vgl. zum Folgenden Kramer S. 180 f.; Demolombe, Cours de Code Nap. XXIV nr. 150 p. 138, sagt vom Code civ., das Wort violence: doit s'entendre d'une voie de fait pratiquée avec intention, par une personne sur une autre, dans le but d'extorquer son consentement.

3) Unrichtig in dieser Beziehung Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 255 f. Anm. 5, welcher verkennt, daß die Herbeiführung einer

andernfalls ist durch die Gewaltthat zwar eine Nothlage geschaffen, aus welcher weitere Nothlageverhältnisse hervorgehen, aber es fehlt der Gewaltthat das Characteristikum des metus illatus, es fehlt das Charakteristikum, welches die Herbeiführung der Zwangslage zum Metus erhebt — denn der metus illatus ist nicht etwa bloße Nothlageerzeugung, nicht bloße Bedrückung der Individualität, sondern er ist Einwirkung zu einem bestimmten Zwecke; und die actio und exceptio metus zielen nicht dahin, alle Folgen der Nothlage zu zerstören, sondern sie zielen dahin, den Zweck zu vereiteln, welchem die Nothlage nach dem Willen des Begründers derselben dienen sollte; sie zielen dahin, den Erfolg zu zerstören, welchen der Zwingende durch seine Unthat zu erreichen versuchte.

Denn nicht die eigenthümliche Lage des Willens der Genöthigten ist es, was die Rechtsordnung zu einer Repression führt [1]); nicht das Uebergewicht des einen Motivs, nicht der Geisteszustand, bei welchem der eine Impuls alle anderen Impulse verdrängt, nicht die Gestörtheit des normalen Gleichgewichts in der Motivlage des Wollenden ist es, was die actio metus bezeichnet: denn solche Situationen, wo ein Motiv dem andern das Eintrittsthor versperrt, wo der Handelnde nur durch einen einzigen Beweggrund geleitet wird, kommen häufig ge-

---

Nothlage ohne solche Tendenz überhaupt keinen metus involvirt; es wäre ein verfehltes Prinzip, wenn die Rechtsordnung den Satz aufstellen würde, daß es contra bonos mores wäre, „eine Willenserklärung, die aus rechtswidrig erzeugter Furcht entsprungen ist, anzuerkennen" (ib. S. 255. 256). Dann wäre auch der Kauf einer Pistole nichtig, durch welchen ich mich in die Lage versetzen will, meinem mich verfolgenden Feinde entgegenzutreten.

1) Eine Bestimmung, wornach in Verkehrsgeschäften der Zwang oder Nothstand das Geschäft ipso jure nihilirte, wäre grundverfehlt. Mit Recht widersprechen dem auch die Moralisten; vgl. z. B. Liguori, Theol. moral. IV 5 nr. 716: talem contractum esse quidem rescindibilem, non vero invalidum, neque de jure naturali neque positivo; non naturali, quia metus non tollit simpliciter voluntarium . . . . .

nung vor, und die Rechtsordnung würde im höchsten Grade gestört, wollte sie nur solche Geschäfte anerkennen, welche bei der Windstille und bei der sonnigen Ruhe des Gemüthes zu Stande kommen. Auch wer von Haß und Eifersucht geleitet Rechtsgeschäfte abschließt, handelt gültig; auch derjenige handelt wirksam, bei welchem alle anderen Motive in einem einzigen Motive untergehen, welches ihn tyrannisirt; nur selten sieht sich die Rechtsordnung veranlaßt hier entgegenzutreten [1]). Der Grund der actio metus ist vielmehr der Kampf gegen den rechtswidrig erstrebten Erfolg: das Recht müßte selbst abdanken, wenn es kein Mittel zur Redressirung derartiger Erfolge gewährte.

Wer daher in der Nothlage mit einem Dritten Geschäfte abschließt, um sich aus dem Mißverhältnisse zu lösen, der vollzieht völlig wirksame Geschäfte und ist auch nicht in der Lage, sie später umzustoßen; — das Gegentheil würde dahin abzielen, daß die Hand, welche sich dem Unglücklichen zuwenden will, zurückgestoßen würde — denn wer wollte noch einem solchen Unseligen helfen, wenn das Recht den Helfer in der Noth zum Danke mit einer Metusklage heimsuchen würde? Das wäre das beste Mittel, um denjenigen der Hülflosigkeit preiszugeben, welcher der Hülfe am meisten bedarf!

Daher unterliegt nur dasjenige Geschäft der Anfechtung, zu dessen Zweck die Nothlage von dem Vergewaltiger, — sagen wir von dem Banditen — herbeigeführt oder — unterhalten wird; denn die absichtliche Unterhaltung der Nothlage steht allerdings der Herbeiführung gleich: der Bandit braucht die Absicht des Gelderwerbs noch nicht im Momente der Gefangenneh-

1) Es beruht auf der Besonderheit des Ehescheidungsaktes, wenn: quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit judicium animi fuisse, fr. 3 de divort.

mung zu haben, es genügt, wenn er die Gefangenschaft zu diesem Zwecke fortdauern läßt: wer einen Racheakt an einem Gouverneur zu vollziehen vermeint und im Dunkel der Nacht einen Engländer gefangen nimmt, der handelt ebenfalls im Gebiete des metus, wenn er nun diesen Unglücklichen bis zur Zahlung eines riscatto zurückbehält [1]).

Doch muß auch in diesem Falle stets die Initiative des Nothlagegeschäfts von dem Vergewaltiger selbst ausgehen. Wer lediglich Geld annimmt, weil ihm der gefangene Feind solches zur Lösung anbietet, und wer sich dadurch erweichen läßt, der handelt zwar schmählich, aber er handelt nicht im Gebiet des Metus [2]). Denn es fehlt an dem subjectiven Zusammenhange zwischen der Vergewaltigung und der Geldannahme: das Aufhören der Vergewaltigung hängt allerdings auch subjectiv mit der Geldannahme zusammen, aber die Vergewaltigung hatte in keinem Momente den Zweck der Gelderlangung, sie stand mit dem Geldempfang in keinem subjectiven Connexe. Dies ist kein Widerspruch: es kann ja sehr wohl vorkommen, daß die Beendigung eines Verhältnisses mit einer Leistung zusammenhängt, während die seitherige Fortdauer mit derselben nichts zu thun hatte — wenn der socius sich durch eine Geldsumme von einer ihm unangenehmen Societät löst, so war doch der seitherige Bestand der Societät in keinem Momente auf die Erzwingung dieser Leistung angelegt. Der Gelderwerb ist hier nicht das Motiv des seitherigen Zustandes, sondern er ist das Motiv, welches anderwärtige zur Aufrechterhaltung dieses Zustandes führende Motive niederdrückt; der Erwerb ist Nothlagelösungsmotiv, er ist nicht Nothlagemotiv. Doch darüber ist später zu handeln. Hier ist nur

---

1) Vgl. auch Kramer S. 181 f.

2) Es ist derselbe Unterschied, wie zwischen verbotener Geschenkannahme und Amtserpressung.

hervorzuheben, daß natürlich die Initiative auch eine stillschweigende sein kann; die Banditen, welche gewerbsmäßig Personen gefangen nehmen und gegen riscatto freilassen, die Bravos, welche die Gelderpressung zu ihrem Lebensberufe machen und vielleicht vor den Augen des Engländers ein anderes Opfer abschlachten, das die Riscattosumme nicht zu zahlen vermochte, geben auch ohne viele Worte ihre Initiative sehr deutlich zu verstehen; daß die Willenserklärung eine stillschweigende, indirekte sein kann, zeigen solche Fälle ad hominem.

§ 3.

Daher sind Geschäfte in dieser Riscattonothlage, welche dahin zielen, nicht die Zwecke dieser durch den Banditen herbeigeführten Nothlage zu erfüllen, sondern sie zu vereiteln, vollgültig; gültig sind daher die Verträge, welche auf Beförderung von Nachrichten an Dritte, auf Bestechung des Wachpersonals, auf die Flucht des Gefangenen abzielen; gültig sind die Darlehnsgeschäfte, welche dem Gefangenen die Mittel bieten sollen, um auf diese Weise zu seiner Befreiung zu wirken und den Banden des Verbrechers zu entschlüpfen. Gültig ist aber auch ein Darlehen zum Zwecke des Loskaufs selbst, ein Darlehen, welches dem Gefangenen die Mittel gewähren soll, den riscatto zu zahlen. Hier stehen wir allerdings auf der äußersten Grenze. Wäre hier nicht zu sagen, daß dieses Darlehen ja eben die Zwecke des Banditen fördern und ihm helfen soll, sein Ziel zu erreichen? Allein das Darlehn soll diese Zwecke nur scheinbar erfüllen; es soll es ermöglichen, dem Räuber eine Zahlung zu machen, welche auf der einen Seite den Gefangenen löst, auf der anderen Seite mit der actio quod metus causa wieder rückgängig gemacht werden kann. Der Räuber erhält daher allerdings sein Geld, aber er soll, wie

der Teufel in der Sage, um den Lohn wieder geprellt werden. Das Darlehen soll diesen „Schleichweg" des Rechts fördern, bei welchem List gegen Gewalt gesetzt wird. Und wenn auch in vielen Fällen die Absicht der Rechtsordnung scheitert und der Räuber die Leistung faktisch lucrirt, weil die actio metus bloße Theorie bleibt, so ist dies kein Grund, um der rechtlichen Gestaltung eine andere Deutung zu unterlegen.

Aber für die Rechtsbeständigkeit dieses Darlehens spricht noch ein zweiter durchschlagender Grund. Sollte auch das Recht mit dem Darlehen die Zwecke des Unrechts befördern, so befördert es sie doch nur, um noch größeres Unrecht zu verhüten. Wenn es sich um den Beutel des Reisenden oder um seinen Kopf handelt, so würde die Rechtsordnung ihre höchste Aufgabe verkennen, wenn sie das Leben preisgäbe, um das Geld zu retten; das wäre völlig gegen die geheiligte Rangordnung der Lebensgüter, welche die Rechtsordnung aufrecht halten muß, will sie ihrer Aufgabe genügen: der Aufgabe nämlich, einem jeden Rechtsgute den ihm entsprechenden Schutz zu bieten. Daher läßt das Recht das Darlehen zu, das Recht läßt es zu, daß der Bandit sein Geld erhält, — aber es rettet dadurch das Leben des Reisenden. Und wollte man erwidern, um diesen Preis müsse das Recht die Zahlung an den Banditen selbst aufrecht erhalten, da der Bandit nur gegen wirksame, bleibende, vollgültige Zahlung das Leben des Gefangenen verschonte, um diesen Preis müsse daher das Recht die actio quod metus causa selbst aufgeben, so wäre diese Argumentation mit den Lebensverhältnissen im Widerspruch: der Bandit kümmert sich nicht um die Rechtsordnung und um dasjenige, was das Civilrecht für gültig oder nichtig erklärt; er flieht die Gerichtssäle, und seine Stütze liegt in den Bergen, in den Höhlen, in den Waffen, in der Collusion der Bevölke-

rung. Die Befürchtung vor der actio metus wird daher selten oder nie ein Motiv seines Handelns sein.

In einem Falle wäre allerdings ein derartiges Darlehen der Metusklage unterworfen, wenn es nämlich von einem Spießgesellen des Räubers gegeben wird, welcher sich etwa eine Verpflichtungsurkunde unterzeichnen läßt und diese in Verkehr bringt[1]): auf solche Banditenspießgesellen braucht das Recht keine Rücksicht zu nehmen, für sie wird es gleichgültig sein, ob sie in den Gerichtssälen Recht finden oder nicht; ein solcher wird sich überhaupt nicht an das Tageslicht wagen, für ihn ist es gleich, ob das Recht nach dieser oder jener Seite hin sein Licht und seinen Schatten wirft. Die Anfechtbarkeit eines solchen Vertrags wird daher auf die Schicksale des Reisenden keinen erheblichen Einfluß ausüben, und die Rechtsordnung ist daher durch derartige Umstände nicht gehindert, ihrem freien Triebe zu folgen; und der freie Zug der Rechtsordnung führt hier, in diesem Falle, zur Anfechtung, weil jeder, welcher auf diese Weise die Erreichung der Zwecke des Banditen tendenziöse unterstützt, an der illatio metus theilnimmt und den Erfolg des metus fördert.

Mit richtigem Takte hat daher bereits Pomponius (in seinem Edictscommentar[2]) den praktischen Kern der Sache erfaßt und damit die Lehre glücklich um die bedenklichste Klippe geführt: eleganter Pomponius ait, si quo magis te de vi hostium vel latronum vel populi tuerer vel libera-

---

1) Ob die Einrede des Zwanges im Wechselrechte dem gutgläubigen Indossatar gegenüber durchdringt, ist eine andere Frage, auf welche hier nicht einzugehen ist.

2) Und zwar im 28. Buche, vgl. fr. 7 § 1, fr. 9 pr., fr. 12 § 1 quod met. causa, fr. 1 § 4 de dolo malo, fr. 7 § 2. 7, fr. 11 § 4, fr. 13 § 1, fr. 16 § 2 de minor.; und vgl. damit fr. 39 § 6 de procur. (lib. 25 ad edictum), fr. 11 § 5 de recept. (lib. 33 ad edictum). S. Hommel, Palingenesia II p. 376 f. 379 f.

rem, aliquid a te accepero vel te obligavero, non debere me hoc edicto teneri nisi ipse hanc tibi vim summisi, fr. 9 § 1 quod met. causa — nur darf uns auch bei dieser Entscheidung die unzureichende Motivirung nicht stören; und wenn man noch heutzutage unsere Rechtsanschauung an die Motive römischer Juristen binden will, so ist es gerade so unrichtig, als wenn man unsere sprachliche Wissenschaft an die grammatikalischen Leistungen aus den Tagen Ciceros und Papinians ketten wollte. Die Sprache hat in den Zeiten ihrer besten Bildungskraft unbewußt geschaffen, und in mehr unbewußtem Fühlen als in bewußtem Erkennen ist die römische Jurisprudenz groß geworden. Pomponius also erklärt derartige Nothlagegeschäfte für gültig; das Motiv ist folgendes: operae potius meae mercedem accepisse videor: ich habe für meine Hülfeleistung den Preis meiner Mühewaltung erhalten: ich habe den Preis erhalten, den ich mir ausbedungen habe — richtig, aber warum ist das Preisgeding gültig? Dies sagt uns der Jurist nicht; in der That ist es gültig, weil es zwar unter dem Banne der Nothlage, aber nicht unter dem Banne des metus steht, weil der metus illatus nicht auf dieses Geschäft gerichtet ist, und weil die Rechtsordnung zwar Metusgeschäfte aber nicht Nothlagegeschäfte redressirt, weil eine Redressirung der puren Nothlagegeschäfte den Zwecken der Rechtsordnung nicht entsprechen würde: die Rechtsordnung darf nicht dahin abzielen, von der Menschenhülfe abzuschrecken. Den Ausspruch des Pomponius gibt mit einiger Variation Paullus[1]) wieder, die Argumentation ist, wie bei Paullus gewöhnlich, etwas treffender: nicht von merces operae, sondern von merces depulsi metus ist die Rede: das Geschäft soll den metus nicht unterstützen, sondern ihn abwehren; die Reaction gegen den

1) Sent. I 7 § 5.

metus trifft es daher nicht [1]). Von dem Hauptfalle, dem Riscattogeschäfte aber, oder mindestens von einem dem Riscattofalle analogen Falle handelt bereits der alte Servius Sulpicius und nach ihm Alfenus Varus: die interessante Stelle ist uns durch Paullus erhalten worden, fr. 20 (21) pr. de neg. gest. [2]). Auf die sämmtlichen Schwierigkeiten dieser Stelle ist hier nicht einzugehen; wesentlich für uns ist nur das unzweifelhafte Ergebniß, daß, wer den Riscatto für einen anderen übernimmt oder gar zahlt, um dessen Befreiung zu bewirken, dafür Ersatz verlangen kann [3]).

Verhält es sich doch mit einem solchen Nothstande ganz ebenso wie mit jeder anderen Nothlage — wie mit einer Nothlage, welche nicht durch metus erzeugt worden ist [4]), wie mit

1) Der in anderer Beziehung richtige Gesichtspunkt, daß die Leistung an den Lebensretter eher Belohnung als Schenkung ist, findet sich Paulli Sent. V 11 § 6.

2) Eine Gefangennahme zum Zwecke des Riscatto schildert auch Apulejus, Metamorph. IV 23: Tu quidem salutis et pudicitiae secura brevem patientiam nostro compendio tribue, quos ad istam sectam paupertatis necessitas adegit. Parentes autem tui de tanto suarum divitiarum cumulo quamquam satis cupidi, tamen sine mora parabunt scilicet idoneam sui sanguinis redemtionem. IV 25: Nimirum, inquit, tanto compendio tuae redemptionis defraudare juvenes meos destinas?

3) Richtig entscheiden daher auch die Römer, daß es kein turpiter acceptum ist, wenn sich Jemand einen Anzeigelohn geben läßt, um einen fugitivus oder fur anzugeben, fr. 4 § 4 de cond. ob turp. caus., fr. 15 praescr. verb.: nec videtur illicitum esse hoc quod datur, quare qui accepit, quia ob causam accepit nec improbam causam, non timet condictionem. Ueber die redemtio captivi vgl. Pfandr. Forsch. S. 50.

4) Daraus ergibt sich zugleich, wie unrichtig eine Rechtsbehandlung wäre, welche ein erzwungenes Geschäft deshalb für nichtig erklären wollte, weil der Wille nicht die nöthige Freiheit hätte. Dann wären alle Nothlagegeschäfte nichtig; denn wie könnte es in Betracht kommen, ob die Präoccupation des Willens durch Menschenwerk oder durch Naturereigniß eingetreten ist? Ob Jemand auf eine einsame Küste verschlagen oder durch Räuber dorthin gebracht worden ist?

einer Nothlage, welche auf der natürlichen Fügung der Dinge beruht. Wer in fremde Länder verstoßen, wer auf der Reise beraubt ist, wer Schiffbruch gelitten hat, wer in die Gewalt eines Feindes gefallen ist, welcher seinen Kopf will — der ist in ähnlicher, vielleicht in noch schlimmerer Zwangslage. Würde die bloße Noth der Situation die Geschäfte vernichten, so würden auch die loyalsten Geschäfte derjenigen, welche ihm die Mittel zur Abhülfe gewährten, durch das Recht gebrochen und der Rath- und Hülflose würde erst recht einsam und verlassen dastehen. Da wäre es der größte Fehler, das Rechtsleben zu unterbinden und derartigen Geschäften die rechtliche Kraft zu entziehen — im Gegentheil, eine solche Situation bedarf der helfenden Potenzen des Rechts, sie bedarf der rechtlichen Befestigung mit besonderer Energie; das Recht soll dem Bedrückten helfen, es soll ihm nicht die Rettungsplanke zertrümmern, an welche er sich klammert.

§ 4.

Allerdings hat diese außergewöhnliche Situation auch ihre Kehrseite; die Hülfsbedürftigkeit setzt den Bedrückten im Kampfe der Verkehrsinteressen zum Voraus in eine wenig begünstigte Situation, und ein wenig loyaler Gegner ist in der Lage, diesen Nothfall auszunützen und dem Unglücklichen die allerschlimmsten Bedingungen zu setzen; der Hülfsbedürftige ist häufig in der Situation eines Kämpfers, der sich auf Gnade und Ungnade ergeben muß: ein Schluck Wasser in der Wüste Sahara wird mit einer halben Million bezahlt, eine Mutter verspricht ihr Vermögen, um ihr Kind zu retten. Der illoyalen Ausbeutung dieses Verhältnisses kann nun allerdings das Recht nicht ruhig zusehen, es muß einschreiten gegen einen schweren Mißbrauch einer derartigen Situation, gegen Be-

bingungen, welche in schreiender Weise über das Niveau der objectiven Leistungsverhältnisse hinausgehen. Aber ein schwerer Mißbrauch eines solchen Verhältnisses ist nicht metus, sondern Wucher, allerdings nicht immer ein Wucher in gesetzlichem Sinne [1]), wohl aber ein Wucher, bei welchem die Anforderung an die Rechtsordnung ergeht, einen solchen Vertrag — zwar nicht zu cassiren, aber auf ein mittleres Niveau herabzumindern, natürlich unter Berücksichtigung der schwierigen Verhältnisse des Falles, aber unter einer Berücksichtigung, bei welcher die besonderen schwierigen Verhältnisse als die Rechtfertigungsgründe einer legitimen Preissteigerung, nicht aber als die Entschuldigungsgründe einer unwürdigen Ausbeutung erscheinen; und zwar muß die Schneide des Rechts in allen Fällen solches wucherische Gezücht durchhauen, mag nun der Nothstand ein Metusnothstand sein oder mag er in der Ungunst des Schicksals seine Quelle haben. Der Retter soll seine reiche Belohnung sich ausbedingen dürfen, aber er soll nicht die Hülfslage benutzen, um den Geretteten zu berauben.

Dieses hat auch das Seerecht schon längst gefühlt, und die Bestimmungen von der Minderung der Verträge über Hülfs- und Bergelohn sind das Produkt dieses Rechtsgedankens [2]); der

---

1) Wird unter solchen Umständen ein Darlehen zu übermäßigen Zinsen gegeben, dann kommt das deutsche Wuchergesetz (§ 302a RStGB.) in Anwendung. Von diesem Falle soll im Folgenden abgesehen werden.

2) Ueber Verträge in der Seenoth vgl. bereits die Rooles d'Oléron a. 4 (Pardessus, Collection I p. 326), Consulat der See ch. 208 (Pardessus, II p. 256 f.), ch. 232 (ib. II p. 307 f.), wo (p. 308) treffend bemerkt ist: si los dits li hanran demanat trop (nämlich als Hülfelohn) è ell los ho haurá atorgat: ells no n' deven haver tot ço que ell los haurá atorgat, ans deu esser més en poder de bons homens qui ú meten en convinença. Und als Grund ist angeführt: si aquells li haguessen demanada la meytat de la roba è de la nau, ell la l's haguera otorgada, no per raó que ells hi hagen ne la y deguen aver. Vgl. ferner Guidon de la Mer ch. 31 (ib. II p. 394).

a. 743 des deutschen Handelsgesetzbuchs [1]) ist nur der Ausläufer eines Princips, welches im Civilrecht volle Anerkennung erfordert und welches etwa dahin zu formuliren wäre, daß Verträge, welche in einer dem anderen Theile bekannten Nothlage abgeschlossen werden, im Fall des Uebermaßes gemindert werden können; eine Nothlage wäre aber überall anzunehmen, wo eine präsente Gefahr für Leib oder Leben oder für ein bedeutendes Vermögensgut obschwebt [2]).

Es ist daher civilistisch unrichtig, solche Verträge in Nothfällen, auch wenn sie das ordentliche Maß weitaus überschreiten und auf das Gebiet des Wuchers übergehen, mit Metusgeschäften auf die gleiche Linie zu stellen [3]); es würde solches zu ganz unhaltbaren Consequenzen führen. Der Metus

---

1) Der Antwerpener Congreß v. 1885 will in a. 44 eine Bestimmung, wie folgt: Tout contrat fait durant le danger est sujet à rescision (Journ. du droit intern. privé 1885 p. 638). Ueber fremde Seerechte vgl. Schröder in Endemanns Handb. d. HandR. IV S. 293; Entsch. des R. OH. G. 23./2. 1872 Entsch. IV S. 422 f. 436 f., wo auch Literatur des englischen und amerikanischen Rechts. Ein weiteres Eingehen auf rechtsvergleichende Einzelheiten würde dem Zweck dieser Abhandlung widersprechen. Vgl. noch ROHG. 1./4. 1873 (Entsch. IX S. 358 f.), RG. 7./1. 1885 (Entsch. XIII S. 131 f.)

2) Für die Reduction excessiver Nothstandsversprechen auch Pothier, Traité des obligations nr. 24: Néanmoins si j'avais promis une somme excessive, je pourrais faire réduire mon obligation à la somme à laquelle on apprécierait la juste récompense du service qui m' a été rendu; vgl. auch Larombière, Théorie et prat. des obligat. I nr. 12 ad a. 1111 f. p. 73. Dagegen mit Unrecht: Laurent, Principes de droit civ. franç. XV nr. 519. — Demolombe, Cours de Code Nap. XXIV nr. 150. 151 und andere wollen damit helfen, daß in excessiven Fällen der Vertrag wegen mangelnder Einwilligung für nichtig zu erklären (la volonté même a disparu dans l'égarement de cette terreur ou de ce désespoir, ib. nr. 151) und dem Retter nach Maßgabe oder Analogie der Gestionsgrundsätze eine billige Vergütung zuzusprechen sei. Zu vgl. ist noch Anwaltsgeb. (Ordn.) § 93.

3) Unrichtig insbesondere Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 257 (No. 5).

macht das ganze Geschäft ineffectiv, indem der aus dem Metusgeschäfte Berechtigte gehalten ist, die erlangten Ansprüche nicht geltend zu machen, und indem er verpflichtet ist, das bereits Erlangte zu restituiren [1]); es findet nicht eine bloße Minderung auf ein raisonnables Maß statt: der Erwerber ist gehalten auf alles, nicht auf einen bloßen Theil seines Erwerbs, (etwa auf denjenigen Theil, welcher zur Dienstleistung im Mißverhältnisse steht) zu verzichten [2]). Eine solche Gestaltung wäre aber für unsere Geschäfte geradezu funest; denn hier kann möglicher Weise ein Uebermaß die Folge der augenblicklichen Surprise sein, in welcher sich beide Theile befinden, und jedenfalls liegt die Frage, wo das unberechtigte Uebermaß beginnt, nicht immer auf der Hand; ein solcher Rechtssatz wäre daher ganz geeignet, den Nerv derartiger Geschäfte zu lähmen.

Man könnte nun allerdings versucht sein die Zugehörigkeit derartiger Verträge zur Klasse der Metusgeschäfte durch folgende Construktion zu retten: man könnte sagen, auch das sei ein metus illatus, auch das sei eine Drohung, daß der

1) Nicht die bloße Bereicherung; wer eine aus dem Metusgeschäfte herrührende Sache erworben hat, muß sie restituiren, ohne daß er den Kaufpreis, den er an den Rechtsvorgänger bezahlt hat, davon in Abzug bringen dürfte; vgl. fr. 14 § 5 quod met. causa, § 1 J. de except.

2) Wenn Jemand mir die Pistole an die Brust setzt und mich zwingt, gegen Zahlung von 100 Mark meine Reisetasche von ihm tragen zu lassen, so muß er mir meine vollen 100 Mark restituiren ohne Abzug des Lohnes welcher für solchen Dienst üblich ist. Ich brauche mir höchstens abziehen zu lassen, um was ich bereichert bin, und dies kann gleich Null sein, wenn ich etwa die Reisetasche am betreffenden Orte zurückgelassen oder sie selbst getragen hätte. Anders wäre es, wenn Jemand dem facchino für das Tragen der Reisetasche den üblichen Preis schuldete und derselbe, um diesen üblichen Preis zu erlangen, ihn bedrohte; dann läge keine Erpressung vor und keine actio metus wäre gegeben, da hier der facchino nur erreichte, was er zu fordern hat. Hier würde nur widerrechtliche Selbsthülfe (bezw. Nöthigung) vorliegen. Vgl. Liszt a. a. O. S. 428.

Dritte dem Hülfsbedürftigen für den Fall, daß er den Vertrag nicht abschließt, seine Hülfe zu entziehen droht; auch das sei ein psychologischer Zwang, daß er ihm die Perspective der Fortdauer des Nothstandes eröffnet für den Fall, daß er auf seine Bedingungen nicht eingeht. Dies ist aber stricte zu verneinen, und in der Mißkennung dieses Falles liegt ein Hauptfehler unserer strafrechtlichen Lehre von der Erpressung [1]). Denn wenn in § 253 des deutschen Reichsstrafgesetzbuchs davon die Rede ist, daß Jemand einen anderen durch Drohungen zu einer Handlung nöthigt, so sind unter diesen Drohungen solche Drohungen verstanden, welche eine (an sich berechtigte oder unberechtigte) Einwirkung auf die Lage des Bedrohten in Aussicht stellen, es sind Drohungen eines Uebelthuns, es sind Drohungen, wornach der Drohende ein Leidensverhältniß des anderen Theiles veranlassen, mitveranlassen oder auf dessen Fortdauer einwirken will: es sind Drohungen irgend einer Einwirkung, welche die Lage des Bedrohten schlimmer gestaltet, als sie ohne diese Einwirkung wäre. Wer aber nichts weiteres thut, als daß er den Anderen seinem Schicksale überläßt, der wirkt nicht auf seine Lage ein, er steht ihr indifferent gegenüber, er beeinflußt seine Situation nicht, er sieht ihr als ein unthätiger Dritter zu — die Drohung aber, einem Anderen als unthätiger Dritter gegenüberzustehen, ist keine Drohung im Rechtssinne [2]). Anders wäre es natürlich, wenn etwa ein Krankenpfleger den Patienten, ein Alpenführer den Passanten, ein Katakombenführer den Reisenden seinem Schicksale über-

1) In dieser Beziehung ist viel gefehlt worden, und diese Fehler sind von dem schlimmsten Einflusse auf die Energie des Rechtslebens. Zuletzt wäre es noch Erpressung, wenn Jemand seine Wohnung kündigt, falls nicht ein Zimmer neu tapeziert wird, oder wenn Jemand sich weigert, einen Vertrag abzuschließen, falls ihm nicht gewisse Bedingungen gewährt werden!

2) Vgl. auch Schliemann S. 22 f.

lassen zu wollen drohte[1]); denn ein solcher stünde der hülfsbedürftigen Persönlichkeit nicht als ein unthätiger, indifferenter Dritter gegenüber: wer die Lage einer Person auf sich genommen hat, der ist ihr gegenüber nicht in der bloßen Passivität, sondern er handelt: er handelt nicht nur, insofern er eine Aenderung der Sachlage herbeiführt, sondern auch wenn er die Situation beläßt, wie sie war; ganz ähnlich wie der Steuermann handelt, nicht nur wenn er das Steuer bewegt, sondern auch wenn er eine Bewegung desselben unterläßt, beides ist Ausfluß seiner dirigirenden Thätigkeit: in der richtigen Reihenfolge von Bewegung und Ruhe liegt ja das Geheimniß seiner Kunst[2]). Der Steuermann, welcher sein Steuer, der Führer, welcher den Fremden verläßt, stellt sich zu seinem Opfer nicht in die Lage der causallosen Passivität, er läßt nicht geschehen, was ohne ihn geschieht — sondern er führt durch sein Verlassen erst die hülflose Lage herbei, welche ohne sein Zuthun nicht eingetreten wäre, er veranlaßt die Nothlage, ebenso wie er sie veranlassen würde, wenn er das Steuer falsch ableitete oder den Passanten an einen Ort binden würde und hülflos zurückließe. Und wenn er etwa seine weitere Thätigkeit von dem Versprechen eines Vermögensvortheils, etwa von der Zeichnung eines Wechsels abhängig machte, dann wäre nicht etwa bloßer Wucher, dann wäre civilistisch metus und strafrechtlich Erpressung vorhanden. Ebenso wäre es, wenn etwa Strandbewohner durch falsche Feuer das Scheitern des Schiffes herbeigeführt hätten und dann die Rettung von dem Versprechen eines Hülfs- oder Bergelohnes abhängig machen

1) Noch mehr natürlich, wenn er denselben vorher absichtlich auf Irrwege führte, aus denen er sich nicht herauszuhelfen wüßte. Man vgl. den wahrhaft entsetzlichen Fall, den uns Ulpian schildert in fr. 3 de variis et extraord. cogn.

2) Vgl. darüber mein Markenrecht S. 387 f.

würden [1]). Denn wer das Unglück dolos herbeigeführt hat, ist verpflichtet, dasselbe soweit zu mindern, als eine Minderung möglich ist, er nimmt dadurch die Minderung des Unglücks auf sich [2]).

Es ist daher keinem Zweifel unterworfen, daß, damit actio oder exceptio metus vorliege, die Nothlage zum Zweck des Rechtsgeschäftes herbeigeführt oder unterhalten sein muß, und daß ein solches Herbeiführen oder Unterhalten nicht in der bloßen Passivität, wohl aber in dem Abbrechen eines übernommenen Hülfsverhältnisses [3]) liegen kann.

§ 5.

Daraus geht hervor, daß in zwei Fällen von der actio metus keine Rede ist; einmal dann nicht, wenn der in Noth befindliche seine eigene Nothlage veranlaßt hat; sodann aber auch in dem Falle nicht, wo diese Nothlage zwar von dem

---

1) Dies auch dann, wenn die Strandung etwa ohne den Gedanken an einen Bergelohn herbeigeführt wäre und erst nachträglich, nachdem Jemand unvermuthet heil geblieben ist, der Gedanke an den Bergelohn aufgetaucht ist. Dasselbe wäre der Fall, wenn Jemand einen Andern etwa aus bloßem Hasse in die Hände von Banditen geliefert hätte und nachträglich die Rettung unter der Bedingung einer Belohnung sich versprechen ließe. Vgl. auch fr. 9 § 1 quod met. caus. *verb.*: nisi ipse hanc tibi vim summisi.

2) In diesem Falle könnte daher der Bergelohn auch mit einer condictio ob turpem causam zurückgefordert werden: es ist inhonest, in einem solchen Fall einen Bergelohn anzunehmen, wo man selbst der dolose Veranlasser des Unglücks ist. Daher entscheidet auch der römische Jurist in fr. 4 § 4 de cond. ob turp. caus. vortrefflich: si ipse fur indicium a me accepit vel furis vel fugitivi socius, puto condictionem locum habere; während die Annahme eines Anzeigelohnes von Seiten eines Dritten berechtigt ist und zu keiner Reclamation Anlaß gibt, vgl. oben S. 23 No. 3.

3) Die Uebernahme eines solchen Hülfsverhältnisses kann durch Vertrag erfolgen, sie kann auch (wie im letzterwähnten Falle) erfolgen durch Delict; auch kann das Verhältniß der Hülfepflicht durch die Natur gegeben sein (Mutter und Kind), oder durch die staatliche Stellung einer Person.

Gegner veranlaßt oder unterhalten ist, aber ohne die Tendenz des rechtsgeschäftlichen Zwanges.

Wer sich selbst in den Nothstand versetzt hat, ist nicht in der Metuslage, wenn er Mittel sucht, um sich derselben zu entziehen. Wer daher ein Delict begangen hat und, um die ungünstigen civil- oder strafrechtlichen Folgen von sich abzulenken, Gelder verspricht, hat nicht das Recht, sich auf metus (Erpressung) zu berufen; so insbesondere wenn er Gelder gibt oder verspricht, um die Anzeige, den Strafantrag oder die Revocation wegen Undanks abzuwehren. Ein vortreffliches Beispiel bietet fr. 21 pr. quod met. causa: eine liberta fürchtet für ihre Freiheit, weil sie sich dem Patron gegenüber undankbar benommen hat[1]); sie gibt oder verspricht dem Patron Geld, damit dieser auf die Revocation verzichte: cessat edictum, quia hunc sibi metum ipsa infert. Allerdings besteht hier eine nahe Grenze, nach deren Ueberschreitung wiederum das unerlaubte Gebiet des metus illatus, der Erpressung, beginnt. Hätte der Patron der Liberten mit der Revocation gedroht[2]), falls sie ihm nicht eine Geldsumme zahlte, dann würde die Sache sofort auf das Gebiet des Delictes hinüberschlagen — solche Verhältnisse stehen oftmals auf der Schneide, und eine kleine Nuance kann die Handlungsweise auf das verbotene Gebiet hinüberwerfen. Würde nämlich der Patron drohen, so wäre mit der Drohung die Lage der Liberten bedeutend verschlechtert: ein gezücktes Schwert ist gefährlicher, als das Schwert, welches in der Scheide rostet; die Drohung manifestirt, daß nicht nur die objective Möglichkeit der Revocation gegeben ist, sondern daß der Patron wirklich eine

1) Mit welcher Schamlosigkeit die Freigelassenen mitunter dem Paron dankten, davon geben uns die Verhandlungen in Tacit. Annal. XIII 26 ein deutliches Bild.

2) Vgl. auch OAG. Jena 24/12 1844 Seuffert Arch. XX 219.

solche bereits im Sinne trägt; und wenn der Patron nun die Drohung zum Zwecke der Gelderlangung geäußert hätte oder wenn er die bereits geäußerte Drohung zu diesem Zweck wiederholen würde, so wäre der Metusthatbestand gegeben [1]). Treffend bemerkt daher Donellus, de jure civili XV c. 39 nr. 14: Sed hoc tum recte dici videtur, cum ingrata ultro ad patronum venit ingratitudinem agnoscens et petit ut patronus eo accepto quod offert ingratitudinis poenam remittat. Caeterum si patronus ultro ei servitutem denuntiet, nisi quid det aut promittat, nihil causae est, cur non et hic recte dicatur patronus metum servitutis intulisse [2]).

So erklären sich denn auch die betreffenden weiteren Stellen der Digesten, insbesondere fr. 7 und 8 quod met. causa: es liegt metus vor, wenn Jemand einen Ehebrecher verhaftet oder einen Dieb ergriffen hat und von diesem eine Geldsumme verlangt und erreicht, damit er ihn freilasse, fr. 7 § 1, fr. 8 pr. quod met. causa — dagegen liegt kein metus vor, wenn der Ehebrecher von freien Stücken aus Geld bietet, um ihn zu entlassen, oder der Dieb von sich aus zahlt, um freien Kaufs davon zu kommen. Wer in solchen Fällen ohne Drohung Geld gibt, befreit sich damit nur von der Nothlage, in welche er sich selbst versetzt hat; wer aber auf ein drohendes Verlangen des Anderen hin Geld gibt, der

1) Auf diese Weise erklärt sich auch c. 10 de his quae vi: accusationis institutae vel futurae metu alienationem seu promissionem factam rescindi postulantis improbum desiderium est. Dieselbe will besagen: Wer in Furcht vor einer künftigen Anklage oder nach erhobener Anklage sua sponte sich mit dem Ankläger vergleicht, hat keine actio quod met. causa. Vgl. auch bezügl. dieser Stelle OAG. Jena 11/1 1844 Seuffert Arch. XX 219.

2) Donelli Opera, Ed. Florent. 1842, IV p. 384. Vgl. zu der Stelle ferner Savigny System III S. 105 Anm. m, Schliemann S. 25 No. 14.

befreit sich von der gesteigerten Nothlage, in welche ihn der andere Theil versetzt hat.

Man könnte dem entgegenhalten, daß der andere Theil berechtigt war, diese Nothlage zu steigern, daß der Ehemann (nach dem Rechte jener Zeit) berechtigt war, den Ehebrecher festzunehmen, daß der Bestohlene berechtigt ist, den Dieb seiner Strafe zuzuführen — richtig, allein er ist nicht berechtigt, diese Nothlage zu steigern, um sich einen Vermögensvortheil zu verschaffen, zu dem er kein Recht hatte [1]. Die Herbeiführung der Nothlage, auch wenn sie sonst eine berechtigte wäre, wird unrechtmäßig, wenn sie zu unerlaubten Zwecken stattfindet, wenn sie als Mittel der Ausbeutung eines anderen benutzt wird [2]. Der Zweck heiligt nicht, aber er entheiligt das Mittel; in der Nacht des unsittlichen Zweckes erlischt ein jedes Licht, welches der Handlungsweise innewohnte, und wer eine an sich gerechtfertigte Nothlage schafft, um den anderen zu berauben, gleicht dem Offizier, welcher einen Soldaten auf die Schanze stellt, um sich damit seines Nebenbuhlers zu entledigen. Die Herbeiführung der Nothlage muß allerdings eine unberechtigte sein, aber sie ist eine unberechtigte auch dann, wenn sie, obwohl in thesi berechtigt, zu rechtswidrigen Zwecken erfolgt: das Recht gestattet die Nothlageerzeugung öfters, aber es knüpft diese Gestattung an die selbstverständliche Voraussetzung, daß diese Gestattung nicht zu rechtswidrigen Zwecken

---

1) Verlangt er daher bloß die Summe, welche ihm von Rechts wegen zukommt, dann liegt keine Erpressung und kein Metus vor; fr. 12 § 2 h. t.

2) Vgl. auch Schliemann S. 25, Kramer S. 179, Demolombe, Cours de Code Napol. XXIV nr. 148 f., Unger, Oesterreich. Privatrecht II S. 50 No. 24, Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 258 No. 8. Vgl. auch Reichsgericht II 1883 Entschl. X S. 188. 192. Auch Dalcke in Goltdammer Arch. XVII S. 11. f.

mißbraucht wird[1]): wenn heutzutage ein Privattödtungsrecht bestände, etwa aus Blutrache, so wäre es doch Nothzucht, wenn Jemand eine Frauensperson, indem er sie mit dieser Tödtung bedrohte, zur Duldung der Geschlechtsverbindung vermögen würde.

Soweit, was die Nothlage betrifft, in die man sich selbst gesetzt hat und die etwa von einem Anderen gesteigert und mißbraucht worden ist.

Aber auch der zweite Fall bedarf noch der Besprechung: die Nothlage ist von einem Anderen erzeugt, ich gebe ihm Geld, um mich zu lösen und löse mich — aber der Gelderwerb war nicht der Zweck bei Erzeugung der Nothlage: andere Motive haben zur Vergewaltigung geführt und die Geldlösung war bloß das Mittel, um diese anderweitigen Motive zu beschwichtigen: A will den B aus Haß tödten und B gibt ihm seine Börse — eine Erpressung, ein Metus liegt hier nicht vor; denn es fehlte an der auf das Geldgeschäft gerichteten Tendenz, welche die illatio metus charakterisirt. Oder A will

1) Allerdings, solange die Rechtsordnung ein Fehderecht und eine Sühnung durch Abkaufen der Fehde statuirt, ist weder die Vergewaltigung durch die Fehde noch die Geldsühnung rechtswidrig, soweit und sofern sie sich innerhalb der von der Rechtsordnung gesetzten Schranken hält; daher sind in diesen Zeiten Fehdesühnungen gültig, sollte auch die Zahlung durch Drohung mit weiterer Fehdeübung erpreßt sein. Hätte die Rechtsordnung solches in jenen Zeiten nicht zugelassen, so hätte sie ihren Zweck nicht erreicht, durch den Geldburst die Fehdelust zu brechen. Daher sagt Beaumanoir, Cout. de Beauvoisis XXXIV 31 (Ed. Beugnot II p. 17): Se je fes pes à mes anemis et lor doins du mien por peur qu'il ne m'ocient ou mehaingnent, et puis voille ravoir ce que je lor donai por le pes, on doit regarder s'il y avoit fet parquoi haine fust née, ou guerre; et s'on voit qu'il y eust guerre ou haine, cil qui dona por pes avoir, ne doit pas ravoir le sien, porce qu'il y avoit cause de maltalent . . . . Et s'on rendoit ce qui est donés por tex causes, moult de bones pes en demorroient, parquoi grans maus porroit avenir.

die B nothzüchtigen und läßt sich durch die Hingabe des Geschmeides von der That zurückhalten [1]). In diesem Falle läge ebensowenig Erpressung und metus vor, als beispielsweise Nothzucht vorläge, wenn Jemand eine Frauensperson aus Haß tödten wollte und diese durch kokette Selbstpreisgabe den Haß von sich abzulenken oder gar in Liebe zu verwandeln wüßte.

Allerdings trifft hier zu, was bereits oben entwickelt wurde. Auch wenn die Nothlage nicht zum Zwecke des Erwerbs herbeigeführt, sondern nur zu diesem Zwecke gesteigert oder unterhalten wird, so liegt Metus vor: die reine Nothlage geht in die Metuslage über. Es liegt daher ein Metusfall allerdings vor, wenn derjenige, welcher seinen Feind aus bloßem Hasse gefangen hat, nunmehr auch andere Gefühle faßt und ihm ein riscatto auferlegt, ohne welches er ihn tödten oder in der Gefangenschaft behalten wolle; und wenn etwa der andere Theil sua sponte Geld anböte, so wäre es Erpressung, wenn er eine Erhöhung des Geldes begehrte. Der Vergewaltiger muß aber, wenn die Gewalt nicht zum vorweg auf Erpressung abzielt, nachträglich die Initiative ergreifen, weil nur durch solche Initiative die Zwangswirkung zur Zweckwirkung wird; eine solche Initiative liegt allerdings auch dann vor, wenn er feilscht und eine Erhöhung der angebotenen Summe begehrt — denn hier liegt die Initiative zwar nicht in der ursprünglichen Summe, aber in dem augmentum. Und daß der auf Gelderwerb gerichtete Zweckwille auch still-

1) Wenn es in fr. 8 § 2 quod met. causa heißt: Quodsi dederit ne stuprum patiatur vir seu mulier, hoc edictum locum habet, so ist damit nur gesagt, daß die Drohung mit Nothzucht geeignet ist, die Metuslage herbeizuführen. Sie ist dazu geeignet, nur muß eben die Voraussetzung einer jeden Metuslage vorliegen: die Drohung muß eine tendenziöse sein.

schweigend geäußert werden kann, ist bereits oben ausgeführt worden.

Fehlt es aber an einer solchen subjectiven Zweckbeziehung zwischen Zwang und Rechtsgeschäft, liegt nichts Weiteres vor, als daß der Eine sich anschickt Gewalt zu gebrauchen und der Andere sich durch Geld loskauft, ist daher die Verbindung zwischen Nothlage und Rechsgeschäft nur eine objective, dann ist von einer actio metus keine Rede [1]).

§ 6.

Damit ist nicht gesagt, daß die Rechtsordnung einen solchen schmählichen Erwerb bestehen ließe [2]); sie läßt ihn ebensowenig bestehen, als den Wuchererwerb; und zwar handelt es sich hier nicht, wie beim Wucher, um einen unsittlichen Sürplusprofit, um ein unsittliches Uebermaß; sondern die ganze Correlation zwischen dem Gelderwerb und der Unterlassung einer rechtswidrigen Thätigkeit ist unsittlich und widerrechtlich — denn es ist widerrechtlich, daß die Integrität rechtlicher Güter durch Geld erkauft werden muß: der Rechtsschutz wäre kein genügender Rechtsschutz, wenn die Rechtsordnung zwar gegen die Verletzten einschritte, wenn sie aber nicht gegen diejenigen einschritte, welche die Verletzung gegen einen anderwärtigen Verlust unterlassen, welche das eine Gut intakt lassen gegen das Opfer des anderen.

Solche Geschäfte sind daher nicht bloß zu mindern, sondern aufzuheben, und zwar für das Ganze. In der That erfolgt auch ihre Aufhebung; aber sie erfolgt nicht durch die

---

1) Vgl. auch Demolombe, Cours de Code Nap. XXIV nr. 149 und die hier cit. Entscheidung.

2) Allerdings, wo ein Fehderecht und ein Fehdesühnungsrecht anerkannt ist, gilt das oben S. 34 No. 1 Entwickelte.

actio metus, sondern durch condictio, durch condictio ob turpem causam[1]). Diese condictio ist begründet, weil die turpitudo lediglich auf Seiten des Empfängers, nicht auch auf Seiten des vergewaltigten Gebers liegt, fr. 1 § 2, fr. 2 pr. § 1, fr. 4 § 2 de cond. ob turp. caus.; vgl. auch c. 4 de cond. ob t. c. — auch hier hat das römische Obligationenrecht seine sittliche Tüchtigkeit bewährt, auch hier ist der Geist des großen Celsus mächtig gewesen, wie bei den meisten großen Errungenschaften des römischen Rechts; und in einem Falle gibt das römische Recht nicht nur die condictio, es gibt dem Geschädigten auch eine actio in quadruplum: es ist der bekannte Fall der calumnia, der Fall des Abstehens von einem chicanösen Processe, fr. 1 pr., fr. 3 § 3, fr. 5 § 1 (bez. der Concurrenz), fr. 7 § 1, fr. 8 de calumniat.

Ein turpiter acceptum liegt also vor, wenn Jemand auch ohne Erpressungsabsicht etwas annimmt, um eine verbotene Handlung nicht zu thun, um eine Vergewaltigung, welche er vornehmen will, nicht zur Ausführung zu bringen; und zwar liegt hier lediglich ein turpiter acceptum, nicht auch ein turpiter datum vor, weil den Geber kein Vorwurf trifft, wenn er sich durch irgend welche Mittel aus der Umklammerung der Gewalt befreien will.

Dadurch unterscheidet sich dieser Fall von dem obigen, wo ein ertappter Dieb oder Ehebrecher sich durch Geld löst, um sich der gerechten Repression zu entziehen. Hier liegt zwar auch eine turpitudo vor: und diese besteht darin, daß durch solche Verträge der Lauf der Gerechtigkeit gekreuzt und die Un-

---

1) Auch verlangt die cond. ob turp. causam nicht, daß der Zwang so energisch ist, um zu einer actio quod metus causa zu genügen; vgl. Kramer S. 258 f.

gerechtigkeit gefördert würde [1]) — aber diese Turpitudo ist beiderseits; die Folge ist, daß zwar auch hier das turpiter promissum unwirksam versprochen ist [2]), daß das turpitur acceptum aber nicht zurückgefordert werden darf [3]).

Indeß gilt, was soeben von der Turpitudo gesagt ist, nicht durchaus und unbedingt. Allerdings: peccata nocentium nota esse et oportere et expedire, fr. 18 pr. de injur.; allein nicht immer hält die Rechtsordnung die Verfolgung eines Delictes für so nothwendig, daß sie unter allen und jeden Umständen, selbst gegen den Willen des Verletzten stattfände; ja es hat Zeiten gegeben, welche die Strafverfolgung, abgesehen von einigen Fällen dringenden öffentlichen Interesses, dem Betrieb der Einzelnen anheim gegeben haben. Wo die Rechtsordnung auf diesem Standpunkte steht, ist ein Abkommen mit dem Verletzten nichts Inhonestes, weder von Seite des Einen, noch von Seite des Anderen, so daß das Gegebene nicht turpiter acceptum und das Versprochene nicht turpiter

---

1) Vgl. auch Donellus, de jure civ. XIV c. 25 nr. 8 (Ed. Florent. 1841) III p. 1284: non est quidem per se turpe maleficium non prodere, ubi pro tua libertate id facias. At hoc turpe est pecuniam ea gratia accipere, ubi fidem tuam interponas, ac veluti te obliges, ne prodas. Turpitudo in eo, quod eo facto data opera utilitas publica oppugnatur.

2) Vgl. c. 5 de cond. ob turp. caus.: quamvis utriusque turpitudo versatur ac soluta quantitate cessat repetitio, tamen ex hujusmodi stipulatione contra bonos mores interposita denegandas esse actiones; vgl. ferner fr. 8 eod.

3) Vgl. bezüglich der Praxis OAG. Celle 22./2. 1853 Seuffert, Arch. VIII 119; Appelhof Bordeaux 20./2. 1839 Dalloz v. Obligations nr. 171, wo gesagt ist: que les obligations . . . . n'ont été consenties par B. que comme le prix de la garantie illusoire et chimérique qui lui était donnée qu'il ne serait pas puni à raison des soustractions frauduleuses qu'on lui reprochait; que la promesse de l'impunité d'un délit est d'une exécution impossible et ne repose que sur une cause illicite . . . Vgl. auch Laurent, Principes de droit civil XV nr. 517.

promissum ist. Die ganze Periode des Compositionsrechtes [1]), die ganze Periode der delicta privata gehört hierher. Auch das römische Recht läßt noch den Vergleich bezüglich der Privatdelicte zu [2]): in omnibus, quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet, fr. 7 § 14 de pact.; daher insbesondere wegen des verübten Diebstahles [3]), fr. 7 § 14, fr. 17 § 1, fr. 27 § 4 eod.: post admissa haec pacisci possumus; fr. 55 (54) § 5 de furt.; vgl. auch fr. 4 § 5, fr. 5, fr. 6 § 3 de his qui not. infam. Anders verhält es sich bei publiken Delicten, bezüglich welcher die berühmte und früher viel besprochene c. 18 de transact. [4]) galt. Ganz besonders war es verpönt, von dem ergriffenen Ehebrecher Geld zu nehmen oder sich versprechen zu lassen: Geben und Nehmen galt hier als inhonest, die pactio galt als inhonest — ja es traten Strafen ein, fr. 2 § 2, fr. 12 (11) pr., fr. 15 (14) pr., fr. 30 (29) § 2, fr. 34 (33) § 2 ad leg. Jul. de adult., c. 10 eod., cf. c. 18

---

1) Ueber diese kann ich auf meinen Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S. 132 f., auf meine Schrift über die Blutrache, und auf Girard, Nouvelle Revue histor. de droit franç. et étranger 1886 p. 232 f verweisen.

2) Vgl. auch die Zwölftafelbestimmung: Si membrum rupit, ni cum eo pagit, talio esto. Gellius XX 1 § 14. Vgl. auch Lex Jul. mun. 110.

3) Vgl. auch Rudorff, Z. f. gesch. Rechtswissensch. XIV S. 294 f. In fr. 4 § 1 de cond. ob turp. caus. ist nicht davon die Rede, daß etwas gegeben wird, ne furti ageretur, sondern ne fur proderetur: ein Dritter hatte den Dieb ergriffen und sich Geld geben lassen, um ihn nicht zu verrathen. Dies war, auch auf dem Standpunkte des Privatdelicts, ein Unrecht — nämlich gegen den Bestohlenen. Vgl. auch fr. 7 § 1 quod met. causa: ne prodatur ab eo qui deprehenderit.

4) Vgl. ferner fr. 1 de bon. eorum, fr. 7 de praevaric., c. 9 de contr. et comm. stip., c. 7 ad leg. Corn. de fals., und vgl. zu c. 18 cit. Cujac. Observ. VI c. 11 und XIX c. 39, Donellus, comment. in cod. ad l. Transigere, 18 de transact (Ed. Florent. 1846) VII p. 315 f., Glück, Pandekt. V S. 61 f.

de transact. — daher auch fr. 4 pr. de cond. ob t. c., fr. 8 pr. q. m. c. — hier waltete eben die Julische Ehebruchsgesetzgebung, welche die Menschheit mit Gewalt des Gesetzes sittlich machen wollte. Vgl. Esmein, Mélang. d'hist. du droit p. 104 f.

Heutzutage verhält sich hier vieles anders; das zur Nichtanzeige der Delicte Gegebene und Versprochene ist heutzutage inhonest: es ist inhonest, ausgenommen, wenn es sich um Antragsdelicte handelt; denn bei Antragsdelicten erklärt die Gesetzgebung, daß sie von sich aus ein Bedürfniß der Reaction nicht absehe, solche vielmehr dem Willen des Verletzten frei überlasse. Daher ist das hier Gegebene und Versprochene honest und gültig gegeben und versprochen — der Empfänger behält nicht nur das Empfangene, sondern der Versprechende hat auch das Versprochene zu erfüllen. Man könnte zwar hier immerhin entgegenhalten, daß die Eventualität des Antrags oder Nichtantrags durch andere Motive als durch das Motiv des Gelderwerbs bedingt sein müsse; allein man würde übersehen, daß unter den hierbei influirenden Motiven das Motiv der persönlichen Kränkung und Schädigung die erste Rolle spielt und daß es nicht als inhonest gilt, sich diese Kränkung und Schädigung durch Geld vergüten zu lassen[1]). Dies dürfte insbesondere auch von einem der Hauptfälle, von dem Falle des Ehebruchs gelten[2]) — im Widerspruch mit dem Julischen Rechte; es ist eben ein Zeichen von Gesundheit des Volkslebens, wenn es solche Abmachungen ertragen kann — und es kann solche ertragen; wir brauchen keine lex Julia

1) Noch mehr gilt dies natürlich, sofern es sich um einen Vergleich über sachliche Schäden handelt. Man vgl. auch AG. Celle 7./12. 1876 Seuffert Arch. XXXIII 213.

2) Vgl. § 172 RStGB. Ueber die deutsche Jurisprudenz vgl. Obertrib. Berlin 7./5. 1861 Seuffert Arch. XVI 28, vgl. aber auch OAG. Darmstadt 24./2. 1864 ib. XVII. 228 und das S. 38 No. 3 cit. Urth.

mehr. Inhonest wäre allerdings jede Stipulation, welche sich nicht nur auf die Vergangenheit, sondern auch auf die Zukunft bezöge; inhonest wäre jeder Vertrag, welcher in einen Kuppelvertrag auslief e; doch dies bedarf keiner weitern Ausführung.

Alles dieses gilt, sofern keine Erpressung vorliegt d. h. sofern der Geschädigte nicht die Nothlage des Delinquenten benutzt, um durch Drohungen einen Gelderwerb zu erzielen, und zwar einen größeren Gelderwerb, als ihm von Rechts wegen zukommt. Wäre dies der Fall, dann wäre die actio quod metus causa gegeben [1]) — es wäre auch die condictio ob turpem causam gegeben, denn das Erpreßte ist stets ein turpiter acceptum [2]) — es ist ein turpiter acceptum, kein turpiter datum, weil die Ursache des Gebens in dem ungerechten Zwange liegt, der Geber daher entschuldigt ist [3]). Es concurrirt daher die condictio ob turpem causam mit der actio metus [4]); sie concurrirt mit der actio metus, wie diese mit der actio doli concurrirt, welche in dieser Beziehung ihre Subsidiarität aufgibt [5]), und es gilt der Satz: consumi alteram actionem per alteram, fr. 14 § 13 quod met. causa [6]) — mindestens sofern die eine actio zum Ziele geführt hat. Und es konnte diese condictio von besonderer Bedeutung sein nach Ablauf des annus utilis, also nachdem

---

1) Daher fr. 7 § 1, fr. 8 pr. quod met. causa.

2) Vgl. zum Folgenden auch noch Kramer S. 257 f.; auch S. 444 f. 500 f.

3) Vgl. auch fr. 7 de cond. ob turp. caus.

4) Vgl. auch Reichsgericht 19./11. 1883 Entsch. X S. 188 f. 192 f., auch Reichsoberhandelsgericht 7./12. 1872 Entsch. VIII S. 171. 174.

5) Vgl. auch Kramer S. 251 f., Schneider, die allgemein subsidiären Klagen S. 383 f.

6) Vgl. auch noch Paulli Sent. I 8 § 2: Qui dolum aut metum adhibuit, ut res ad alium transiret, uterque de vi et dolo actione tenebitur.

die blanke actio metus erloschen war und dieselbe nur noch in simplum gegeben wurde und nur causa cognita: si alia actio non sit, fr. 14 § 2 quod met. causa, c. 4 de his quae vi [1]). Allerdings stand sie der actio metus bedeutend nach — war sie doch in keiner Weise in rem scribirt, darin lag ihre Schwäche.

Damit dürften die Metusgeschäfte von den reinen Nothlagegeschäften geschieden sein. Diese Ausscheidung ist nöthig; denn es ist ein ebenso dringendes Postulat der Rechtsordnung, daß die ersteren unwirksam gemacht werden, als daß die letzteren voll wirksam bleiben.

IV. Negotiorum Gestio.

§ 1.

Ein weiteres Mittel, durch welches die Rechtsordnung die Menschenhülfe unterstützt, ist die Zusicherung, daß dem hülfreichen Mitmenschen Erstattung seiner bei Gelegenheit der Menschenhülfe gemachten Auslagen zu Theil wird; und zwar

---

1) Vgl. Schneider a. a. O. S. 378 f. 386 f. Vgl. auch lex Romana Burgund. t. XXXVIII de pact. et transact.: si quis se vi et metu coactum ad pacta venisse causetur, intra annum probaturus hujusmodi et moveat et peragat actionem: quo tempore praeterito, nullam sibi neque de vi neque de metu suppetere noverit actionem ... Vgl. auch den Schluß des Titels. Daraus stammt auch wohl das französische Recht zur Zeit Beaumanoir's. Beaumanoir, Cout. de Beauvoisis XXXIV 29 (Beugnot II p. 16 f.) verlangt Klagerhebung „dedens l'an et jor", statuirt aber im übrigen den Satz, daß die Einrede nicht verjährt: s'il ne commencha à paier aucunne coze au quief de deus ans ou de trois, il ne le debatra pas, s'il ne li plest, devant c'on li demandera paiement; car adont il porra dire par maniere de deffense: „Je ne suis pas tenus à vous paier, porce que je fis le convenence par force de prison".

der vollen Auslagen, nicht nur der Auslagen, soweit im Gefolge derselben eine Bereicherung vorhanden ist. Jeder sieht, daß wir auf dem Terrain der negotiorum gestio stehen. Die actio neg. gest. contraria beruht nicht etwa auf dem individuellen Grunde, daß sich der Eine den Intentionen des Anderen genähert, daß der Eine in den Willen des Anderen hineingearbeitet, daß er den Willen des Anderen gefangen hat — sondern sie beruht darauf, daß die negotiorum gestio eine Menschenhülfe ist, und eine sehr begehrenswerthe, eine sehr unterstützungs- und förderungswerthe Menschenhülfe.

Die Negot. Gestio beruht daher weder auf wirklichem noch auf fingirtem Vertrag, sie beruht nicht auf Willensgemeinschaft, nicht auf dem Zusammenstimmen zweier Willensrichtungen u. dgl.: derartige individualistische Constructionen geben keinen Einblick in das Wesen eines Rechtsinstitutes, welches zu den wesentlichsten Elementen des socialen Altruismus gehört[1]).

Ich will damit nicht sagen, daß nicht auch die Römer sich mit ähnlichen Theorematen befaßt haben; man vergleiche nur Sätze, wie fr. 15 de neg. gest. (unus contractus, alius contractus), fr. 1 de relig. (cum defuncto contrahere creditur). Ich glaube aber, daß wir nunmehr weit genug in der Erkenntniß des Wesens römischer Jurisprudenz vorgeschritten sind, auf daß wir uns auf solches Theorematisiren nicht mehr einzulassen brauchen, und was ich seiner Zeit (Autorrecht S. 8 f., diese Jahrb. XVIII S. 136 f.) in dieser Beziehung ausführte, bedarf keiner Wiederholung. Manche glauben bereits,

1) Die Negotiorum Gestio spielt darum auch nicht bloß im Bereiche des Privatrechts, sondern auch im öffentlichen Rechte eine große Rolle. Vgl. § 30. 36 des Unterstützungswohnsitzgesetzes. Ueber negotiorum gestio und indebiti condictio im öffentlichen Recht werde ich an anderer Stelle handeln.

daß jene eifrigen Worte überflüssig waren — denn man hat ja noch niemals mit den Motivirungen und Constructionen der römischen Juristen operirt, man hat sich ja noch niemals an die Constructionsweise der römischen Juristen für gebunden erachtet, man hat noch niemals anderen Constructionen Quellenwidrigkeit vorgeworfen — am allerwenigsten in der Vertragslehre. Schlimm ist es allerdings, daß die Römer nicht bei der unrichtigen Construction verblieben, sondern — ausnahmsweise — zu einer unrichtigen, völlig doctrinären Consequenz gelangt sind; oft ist dies den römischen Juristen nicht begegnet, aber einigemale doch [1]).

Die Consequenz ist die, daß der Pupill, dessen Geschäfte geführt werden, nur bis zur Bereicherung haftet — ein Satz so unrichtig, so zweckwidrig und gegen das eigene Interesse des Pupillen verstoßend, daß man ihn dringend aus dem römischen Rechte hinwegwünschte. Und auch hier scheint widerum Julian die Schuld zu tragen, denn auf seine Autorität (lib. 3 Digest. aus Hadrians Zeit) stützt sich Ulpian in fr. 5 § 2 de neg. gest.; Pomponius (lib. 26 ad Edict.) ist gleicher Meinung (fr. 14 de neg. gest.) [2]); ein Rescript des Antoninus Pius schloß die Entwicklung ab, vgl. fr. 33 de neg. gest., fr. 3 pr. commod., fr. 5 pr. de auct. et cons.; vgl. ferner Paullus in fr. 20 § 1, fr. 36 pr. de neg. gest., und c. 2 de neg. gest. [3]). Beim furiosus

1) Vgl. auch den Fall, welchen ich, Pfandrechtl. Forschungen S. 277 f., nachgewiesen habe. Hier war es, wie öfters, Julian, welcher die Jurisprudenz auf die falsche Fährte führte (fr. 32 § 1 de serv. praed. urb.).

2) Ueber das Verhältniß dieser Schriften des Julian und des Pomponius vgl. Fitting, Alter der Schriften S. 10.

3) In fr. 20 § 1 de neg. gest. kommt Paullus auf eine eigenthümliche Complication: wenn ein Gestor negotia einer hereditas jacens geführt hat und ein Pupill Erbe wird, so entsteht die Gefahr, daß nunmehr der Ersatzan-

wird diese Beschränkung nicht erwähnt, fr. 3 § 5 de neg. gest., und eine solche sachwidrige Bestimmung hineinzutragen [1]), dafür liegt gar kein zureichender Grund vor.

Mit Recht hat sich bereits Pothier, mandat nr. 224 gegen diesen römischen Rechtssatz ausgesprochen: Je ne crois pas que cette décision des lois romaines doive être suivie dans notre droit. Il est bien vrai, à l'egard des contrats., qu'un impubère ne peut s'obliger en contractant, sans l'autorité de son tuteur, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qu'il se trouve profiter du contrat . . . . Il n'en est pas de même des quasi-contrats. Les obligations, que les quasi-contrats produisent, étant formées sans le consentement des personnes qui les contractent, il est indifférent que les personnes qui les contractent soient capables ou non de donner un consentement valable, puisque c'est sans leur consentement qu'elles contractent ces obligations. Mit anderen Worten: die Handlungsfähigkeit kann nur in Betracht kommen, wenn eine Verpflichtung durch juristische Handlung der Person in Frage steht. Mit Recht hat daher auch die französische Jurisprudenz die doctrinäre Beschränkung des römischen Rechts über Bord geworfen; vgl. beispielsweise Acollas, Manuel de droit civil II p. 974, Aubry et Rau, Cours de droit civil français IV p. 723 [2]).

---

spruch auf die Bereicherung beschränkt werde. Dies wird aber von Paullus verneint, weil der Pupill die Gestionsschuld cum ceteris hereditariis oneribus übernehme, weil m. a. W. die Geschäfte nicht für den Pupillen, sondern für die hereditas geführt wurden. Vgl. auch noch fr. 38 de hered. pet.

1) Wie beispielsweise Donellus, de jure civili XV 16 nr. 13 (Ed. Florent. 1842) IV. p. 154: pupillus autem multoque magis furiosus hac conditione, si . . . . sint locupletiores.

2) Hier auch weitere Literatur.

Dieser Fehler des römischen Rechts ist um so eclatanter, als dasselbe Recht bezüglich der Tutel den gleichen Verstoß vermieden hat [1]). Treffend heißt es in fr. 3 § 7 de contr. tutelae: sufficit tutori bene et diligenter negotia gessisse, etsi eventum adversum habuit, quod gestum est; und dies gilt für den tutor, wie für den protutor und für den curator, fr. 1 § 1 und 2 eod.; ja in fr. 38 de hered. pet. wird der Fall der Tutoren und Curatoren sogar als Musterfall dafür angeführt, daß eine Anrechnung der Aufwendungen stattfindet, licet res non exstet in quam fecit. Treffend weiß auch Ulpian die Zwecke dieser Bestimmung zu betonen: ut facilius tutores ad administrationem accederent; provocandi fuerant tutores, ut promptius de suo aliquid pro pupillis impendant, dum sciunt se recepturos id quod impenderint, fr. 1 pr. eod. Man sieht, es sind dieselben Gründe, welche die Römer auch bei dem Ausbau des Institutes der negot. gestio geleitet haben: das Mindeste, was die Rechtsordnung zur Förderung der Menschenhülfe thun kann, ist es, daß sie den helfenden Mitmenschen schadlos stellt für das, was er aufgewendet hat; daß sie ihn schadlos stellt nicht nur soweit die Hülfe Erfolg gehabt hat und sich in einer Bereicherung des dominus negotii weiterspielt, sondern auch wenn das Ziel der Hülfeleistung in Folge der Constellation der Umstände vereitelt worden ist; auch das zufällig verunglückte Geschäft wird dem Hülfeleistenden voll gerechnet; die Auslagen werden ersetzt, auch wenn der eventus non est secutus [2]). Dies gefunden zu haben, ist ein unvergängliches

1) Schon Pothier a. a. O. betont diese Incongruenz. Vgl. zum folgenden auch Rudorff, Vormundschaft III S. 129, Wlassak zur Geschichte der Neg. Gestio S. 124. Vgl. auch fr. 29 pr. comm. div., fr. 33 pro soc.

2) Nur wenn der Gestor selbst rechtswidrig den Erfolg zerstört hätte, wäre es anders, aber dieses hängt mit seiner Culpahaftung zusammen.

Verdienst der römischen Jurisprudenz — daran hat Labeo gearbeitet, daran Celsus, wie sein jüngerer Zeitgenosse Julian; vgl. fr. 9 § 1 de neg. gest., auch fr. 17 pr. de in rem vers., ferner fr. 11 § 2 de neg. gest., fr. 3 § 7 und 8 de in rem verso. Der Hülfeleistende soll seinen vollen Einsatz gesichert haben; würde ihm diese Garantie fehlen, wer sollte sich noch die undankbare Mühe geben, sich fremder Interessen anzunehmen[1]? Die That des Altruismus soll nicht zum Nachtheil des altruistischen Thäters ausschlagen[2].

Mit Recht betonen daher die Quellen die magna utilitas absentium, welche hierbei auf dem Spiele steht[3]; ein einziges unglückliches Präjudiz zöge tausend Fälle nach sich, und die Zurückweisung der einen hülfreichen Hand würde hunderte davon abschrecken, in gleicher Weise willfährig zu sein.

Die ächte negot. gestio — und nur von dieser ist fürder die Rede — setzt daher voraus, zwar nicht daß ein Nothstand,

---

Vgl. auch Reichsoberhandelsgericht 26./6. 1872 Entsch. VI S. 361 f. 368 f.

1) Vgl. Donellus, de jure civili XV c. 16 nr. 1 (Ed. Florent. 1842) IV p. 147: (actionem) dari utile est cum ipsi, in quem datur, tum publice caeteris omnibus in eadem causa. Vgl. ferner Sturm, das negotium utiliter gestum S. 9. f., Laurent, Principes de droit civil français XX nr. 324 p. 354: si elle (la loi) donne action au gérant, c'est afin qu'il se trouve un ami qui veuille gérer l'affaire d'un absent; Vivante, contratto di assicuraz. I nr. 90.

2) Damit sind wir ferne davon, dem Utilitarismus zu dienen; wenn wir den Altruismus der Gestion befördern, so thun wir es, weil wir in ihm eine hohe, vernünftig menschliche Lebensäußerung erblicken.

3) Vgl. fr. 1 de neg. gest., fr. 5 pr. de obl. et act., wo Gaius richtig bemerkt, daß die negotia absentium „sane disperirent, si is, qui obtulisset se negotiis gerundis, nullam habiturus esset actionem de eo quod utiliter de suo impendisset"; ähnlich § 1 J. de obl. quasi ex contr.: negotia absentium „sane nemo curaturus esset, si de eo quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Vgl. hierzu namentlich Sturm S. 9 f.

wohl aber daß eine Hülfsbedürftigkeit [1]) vorliegt, bei welcher der Eigenberechtigte nicht in der Lage ist, für seine eigenen Interessen zu sorgen; sie setzt ferner voraus, daß es sich um ein Gut handelt, welches derselbe nicht der Hülflosigkeit preisgeben wollte oder nicht preisgeben konnte. Wo diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, da ist das Einschreiten eines Dritten nicht nur ein ungerufenes, sondern auch ein unberufenes [2]), und es unterliegt dem Satze: culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti [3]). Sollte etwa ein landfremder Mensch mich eines Tages mit einem neuen Winterüberzieher und der Rechnung dafür überraschen, so werde ich wohl in der Lage sein, ihn ohne weiteres zu verabschieden, ohne mit Celsus, Julian oder Ulpian in Conflict zu gerathen. Ganz anders, wenn ein Kind sich verirrt und eine mitleidige Seele es aufgenommen, ihm Kleidung und Nahrung geboten hat [4]). Dasselbe gilt auch von einer Gestion im Interesse der Gemeinde, im Interesse des Staates: auch hier ist für eine negot. gestio nur dann Raum, wenn die legitimen Organe der Gemeinsamkeit nicht einschreiten können — oder wenn sie etwa ihre Schuldigkeit

---

1) Bezüglich des Preuß. Rechts, welches in dieser Beziehung besonders eng ist, vgl. Preuß. Landr. I 13 § 234 f. und dazu Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 286. Es gibt dem Gestor die vollen Rechte nur, wenn er die Geschäfte eines Andern „zur Abwendung eines nach vernünftigen und wahrscheinlichen Gründen bevorstehenden Schadens besorgt" (I 13 § 234).

2) Vgl. in dieser Beziehung Ruhstrat in diesen Jahrb. IX S. 236 f. und in anderen Arbeiten.

3) S. fr. 36 de reg. jur.

4) Das englische Recht nimmt negot. gestio namentlich in dem Falle an, wo ein Schiff in der Noth gerettet oder aus der Gefangenschaft zurückerlangt wird, und wo Jemand für einen Betrunkenen oder Wahnsinnigen thätig ist, welcher nicht für sich sorgen kann. So Baxter v. Portsmouth, Gore v. Gibson; vgl. Holland, Elements of Jurisprud. (2 Ed.) p. 188 f.

nicht thäten. Man denke an den Fall, daß dringende Aufwendungen zur Vermeidung der Cholera oder der Ueberschwemmung gemacht würden [1]).

Allerdings kann die Veranlassung mehr oder minder stringenter Natur sein, und die Römer erkennen dies unumwunden an: sie kann eine necessitas urgens sein, sofern ohne sofortigen Eingriff ein schwerer, vielleicht unersetzlicher Verlust drohen würde — man denke an den Fall, daß Jemand bewußtlos auf den Alpen gefunden wird und ein Montagnarde sich seiner annimmt; oder daß eine Sache bereits im Rhein schwimmt und mit Mühe und Noth von einem vorbeisegelnden Kahne aus gerettet wird; — oder es kann die Veranlassung weiter ausholen, sofern zwar ein Bedürfniß vorliegt, welchem der Eigenthümer selbst nicht entsprechen kann, aber ein Bedürfniß, welches nicht von heute auf morgen nothwendig befriedigt werden muß; in welchem Falle zwar ein Eingreifen gerechtfertigt ist, das Eingreifen aber nicht nothwendig ein präsentes Eingreifen und ein Eingreifen gerade dieser Person sein muß, so daß andere Personen sich vielleicht besser der Sache annehmen könnten. Daß in beiden Fällen die Menschenhülfe eine verschiedene Gestalt annimmt, ist von selbst klar, und es ist nur zu sehr gerechtfertigt, daß der Helfer in der äußersten Noth nicht für etwaige Unvorsichtigkeiten und Unbedachtsamkeiten einstehen muß [2]) — was wäre ohne ihn aus der ganzen Sache geworden? Kein geringerer als Labeo ist es, welcher dies erkannt hat: interdum in negotiorum

1) Vgl. auch Laurent, Princip. de droit civil XX nr. 339 und die dort cit. Entsch.

2) Man bedenke auch, daß der creditor in bona debitoris immissus nur für dolus der Geschäftsführung einsteht, fr. 9 pr. § 2 de reb. auct. jud., weil er sich nicht selbst in diese Lage versetzt hat, sondern durch die Umstände hineingeführt worden ist.

gestorum actione dolum solummodo versari, fr. 3 § 9 de neg. gest.[1]). In anderen Fällen kann man von demjenigen, welcher sich helfend in fremde Angelegenheiten mischt, Vorbedacht und Sorgfalt verlangen, insbesondere wenn er dadurch Andere von der Gestion zurückhält, § 1 J. de oblig. quasi ex contr.; und wenn sich Jemand vorwitzig ingerirt, so ist ein besonders strenger Maßstab anzulegen, denn die Aufdringlichkeit darf von dem Rechte nicht begünstigt werden.

Die Menschenhülfe darf Niemanden gegen seinen Willen aufgedrängt werden, es müßte denn sein, daß es sich um Lebensgüter handelt, über welche der Dominus keine Verfügung hat, so daß das Verbot der Menschenhülfe etwas Unsittliches enthielte[2]); so insbesondere wenn es sich um die Schicksale von Familienmitgliedern, um die Ehrenpflichten der Familie, überhaupt um die unantastbaren Interessen Dritter handelt,

---

1) Vgl. auch § 1 J. de oblig. quasi ex contr. *verb.*: si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia. Der Fall, welchen Labeo vorzüglich im Auge hatte, ist der Fall der venditio bonorum; diese aber hatte bekanntlich Infamie zur Folge, die Einmischung eines „Ehrenzahlers", der affectione coactus gerade mit Rücksicht auf die Ehrenfolgen im richtigen Momente die Konkursentwicklung verhütete (die Fristen waren nicht sehr lang), war daher sowohl durch den furchtbaren Ernst der Folgen, als auch durch die dringende Hast des Momentes geboten. Vgl. zu dieser Stelle fr. 37 de usur. und auch Leist, Civ. Studien II S. 126 f.

2) Bei der actio funeraria erkannte schon Labeo an, daß die Prohibition des Erben wirkungslos sei ex causa, d. h. nach Umständen, sofern nämlich die Unterlassung oder Verschiebung der Beerdigung als Unbill gegen den Todten erscheint, insbesondere wenn der Erblasser die Beerdigung durch eine bestimmte Person angeordnet hat und diese die Beerdigung vollziehen will, fr. 14 § 13 f. de relig. Wenn hier Ulpian erklärt, judicem justum non meram negot. gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget — so ist der Gegensatz nicht auf die negot. gestio schlechtweg, sondern auf die mera neg. gestio, auf die gewöhnliche Neg. Gestio zu beziehen, bei welcher nur vermögensrechtliche Rücksichten obwalten.

welche dem Prohibenten übertragen sind[1]). So wenn ein herzloser Vater seine Kinder auf die Straße setzen würde[2]); so aber auch wenn der Eigenthümer des Schiffes die Reparatur verböte und dadurch die Insassen gefährdete, oder ein Bürgermeister die Reparatur einer Brücke, auf welcher die Passanten den Fuß brechen würden[3]); oder wenn ein pflichtvergessener Beamter eine Hülfeleistung verböte, ohne welche Leben und Gesundheit der Bevölkerung dem Verderben preisgegeben wären.

Daher ist es sicher, daß von einer negotiorum gestorum actio in keiner Weise die Rede sein kann, wenn der

---

1) Treffend heißt es in Aubry et Rau, Cours de droit civ. franç. IV p. 726 (§ 441): Il en serait cependant autrement, s'il était établi qu'il avait, pour s'y immiscer, un intérêt légitime, même d'affection seulement, ou d'honneur de famille — —

2) Wenn es in einer römischen Entscheidung heißt: si servum alienum non inutilem domino constitutum aegrum curastis et negotium utiliter gessistis, competenti vobis actione sumptus recuperare potestis (c. 10 de neg. gest. — Alexand. Sever. a. 222), so wirft dieses ein helles Streiflicht auf die traurigen socialen Sclavenverhältnisse des heidnischen Roms.

3) Richtig die Ausführung in Seuffert Arch. III 51; ferner OAG. Jena 1./4. 1847, OAG. Celle 15./3. 1856, OLG. Stuttgart 1./6. 1880 Seuffert Arch. XIV 94 XI 37 XXXVI 33. Man hat sich hierfür auch auf fr. un. § 3 de via publ. et si quid berufen. Doch es wäre auch ohne Quellen sicher, daß eine Prohibition nicht respectirt wird, wo das Verbot wegen Unsittlichkeit rechtlich irrelevant sein muß. Vgl. Holzschuher III S. 685. Das Züricher Civilgesetzbuch § 1213 bestimmt: „Hat der Geschäftsbesorger aber eine dem Geschäftsherrn obliegende auf öffentlichem Interesse beruhende oder auf Pietätsrücksichten gegründete Verpflichtung in angemessener Weise für denselben erfüllt, so ist er selbst dann zur Ersatzforderung berechtigt, wenn der Geschäftsherr ihm zu handeln verboten hat". Das Sächsische Gesetzbuch § 1355 spricht von dem Falle, wo der Gestor eine „gegen den Staat oder gegen eine Gemeinde nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts obliegende Verpflichtung erfüllt"; ferner von dem Unterhalt von Personen, zu deren Erhaltung der Geschäftsherr verpflichtet war, und von der Leichenbestattung.

Dominus, nachdem ein Anderer gegen sein Verbot [1]) sich einer Sache mit Kosten angenommen hat, dieselbe heimschlägt; desgleichen, wenn die Hülfeleistung verunglückt ist. Wie aber, wenn die verbotene Hülfeleistung wirklich erfolgreich war und der Dominus nun keine Miene macht, das Gut im Stiche zu lassen [2])? Sollte er hier nicht mindestens bis zur Höhe der Bereicherung haften [3])? Dieses haben römische Juristen gemeint; dem scharfen Julian war ein solches Mehr oder Minder zuwider, und er schnitt herzlos die negot. gest. actio ab, fr. 7 § 3 de neg. gest. [4]), und Justinian ist ihm gefolgt, c. ult. neg. gest. — nicht im Interesse der Sache [5]). Doch muß dem Gestor jedenfalls das jus tollendi gewährt werden, soweit sich dieses ohne Schaden verwirklichen läßt [6]).

§ 2.

Die Menschenhülfe führt zum Ersatz nur dann, wenn sie

1) Dieses Verbot kann auch stillschweigend erfolgen, Reichsgericht 23./10. 1883 Seuffert Arch. XXXIX 103.

2) Man könnte hierin eine Ratification erblicken, aber zu Unrecht; der Dominus darf nicht in die Zwangslage versetzt werden, entweder zu ratihabiren oder ein Rechtsgut, das vielleicht ohne die Gestio in vermindertem Zustande fortdauern würde, ganz aufzugeben.

3) Vgl. Preuß. LR. I 13 § 240: „Soweit der, dessen Geschäft besorgt worden, die Genehmigung versagt, muß er sich auch des aus der Besorgung entstandenen Vortheils begeben". Vgl. auch ib. § 241. 251.

4) Vgl. auch fr. 40 mand.: quidam utilem putant dari oportere; quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur (Paullus).

5) Vgl. hiergegen Pothier, Mandat nr. 182, Marcadé, Explic. du C. Nap. V p. 253 f. (ad a. 1375 IV). Die römische Entscheidung wird für das französische Recht vertheidigt von Laurent, Principes de droit civil XX 336 f. und von Aubry et Rau, Cours de droit civ. franç. IV p. 726 No. 19.

6) Dies war wohl auch Julian's Meinung (lib. 8 Dig.), vgl. fr. 37 de rei vind. Vgl. auch c. 5 § 1 de rei vind., fr. 38 de hered. pet.

eine wirkliche Menschenhülfe ist; vermeintliche Hülfe — wenn es sich um ein Geschäft handelt, das gar nicht mein Geschäft ist, — führt keinen Ersatz nach sich; ein folgenschwerer Satz: die putative gestio wird vom Rechte nicht berücksichtigt. An sich ist das Princip nicht so ganz unzweifelhaft. Wird es nicht Viele von der Hülfe abhalten? wird nicht mancher Dienst nicht geleistet werden, wenn der Gestor zu befürchten hat, daß der Dienst sich nur als ein vermeintlicher Dienst erweist und seine Auslagen verloren sind? Aber man bedenke anderseits die Consequenzen, welche mir drohen, wenn dritte Personen sich als die Träger meiner Interessen aufspielen und von Andern zu diesen Zwecken Beiträge annehmen; wenn falsche oder verfälschte Wechsel auf meinen Namen circuliren und von einem Dritten zu meinen Ehren gezahlt werden [1]). Die kaufmännische Ansicht hat gerade bezüglich der Ehrenzahlung eine begreifliche Neigung gezeigt, dem Antriebe eines einseitigen Billigkeitsgefühles nachzugeben [2]); mit Recht hat aber das ROHGericht hier die neg. gest. actio verworfen [3]). Wenn

1) Daß, wo die Voraussetzungen der wechselrechtlichen Ehrenzahlung nicht vorliegen, immerhin für den Zahlenden eine neg. gest. actio begründet sein kann, darüber vgl. auch OAG. Rostock 14./7. 1873 Seuffert Arch. XXVIII 155.

2) Vgl. auch Thöl, Wechselrecht § 135 S. 537: „Die Ehrenintervention ist zwar eine negotiorum gestio, aber mit der Eigenthümlichkeit, daß die Nützlichkeit nur nach den aus dem Wechsel und Protest ersichtlichen Verhältnissen bemessen wird und außerdem nur noch nach den dem Ehreninterveniententen bekannten Verhältnissen. Sonst würde jede Ehrenintervention gewagt sein".

3) ROHG. 18./10. 1878 Entsch. XXIV S. 126 f. 127 f.: „Es ist unzulässig, mit Thöl ..... den Ehrenzahler um deswillen günstiger als einen andern negotiorum gestor zu behandeln, weil sonst die Ehrenzahlung gefährlich wäre; denn dies Moment trifft bei jeder unbeauftragten Geschäftsführung zu und eine gesetzliche Bevorzugung des Ehrenzahlers qua negotiorum gestor ist nirgends ersichtlich. Daher kann dem genannten Autor auch darin nicht beigepflichtet werden, daß die Nützlichkeit (utiliter

ich eine meinem putativen procurator gemachte Zahlung nicht anzuerkennen brauche, so noch viel weniger eine gestio, welche in der Leistung an eine Person besteht, von welcher man glaubte, daß ihr Empfang meine Interessen befriedige. Nur in besonderen Fällen, wenn mir eine verkehrswidrige Nachlässigkeit zur Last fiele, würde es sich anders verhalten. Etwas Anderes würde auch dann gelten, wenn ich die negot. gestio ratihabirte, denn ratihabitio facit meum negotium [1]), fr. 5 § 11 und 12 de neg. gest. [2]), vgl. auch noch fr. 5 § 2 de in rem verso — oder wenn ich dadurch bereichert worden wäre — denn bezüglich der Bereicherung muß von der Voraussetzung des wirksamen gestum und des utiliter gestum Abstand genommen werden, aber auch nur bezüglich der Bereicherung: ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum — damit ist der putativen Geschäftsführung das Urtheil gesprochen, fr. 9 § 1 de neg. gest. [3]). Die Bereicherung aber erhält auch der putative Gestor ersetzt; denn diese erhält selbst derjenige ersetzt, welcher depraedandi causa

---

gestum) der Geschäftsführung des Ehrenzahlers nur aus dem Wechsel und nach den, dem Ehrenzahler bekannten, sonstigen Umständen beurtheilt werden dürfe, auch ihm diese Kenntniß nachgewiesen werden müsse."

1) Ebenso wie die Ratihabition die an einen Dritten gemachte Zahlung zur eigenen macht, fr. 14 de cond. c. d. c. n. s., fr. 12 § 4, fr. 58 pr. de solut., fr. 81 § 5 de furt.; vgl. auch noch fr. 22 § 2 rat. rem hab., und vgl. unten S. 60.

2) Die Stellen sind stets nach der Mommsenschen Ausgabe citirt. Von einem ähnlichen Falle handelt fr. 30 § 1 h. t., denn es ist hier der Fall unterstellt, daß Sempronius, für welchen das Geschäft geführt ist, die Resultate verlangt und damit das Geschäft als das seinige anerkennt, ratihabitio facit suum negotium.

3) Daher liegt natürlich auch dann keine neg. gestio vor, wenn Jemand sein eigenes Geschäft geführt hat, in der Meinung, daß es ein fremdes sei: si ita simpliciter versatus est, fr. 5 § 6 de neg. gest. Vgl. auch noch fr. 22 eod.

accedit, fr. 5 § 5 de neg. gest.; vgl. auch fr. 10 eod., fr. 5 pr. de in rem verso — denn die Bereicherungsersatzpflicht setzt kein Rechtsgeschäft und daher auch kein gültiges Rechtsgeschäft voraus.

Bloß vermeintliche Menschenhülfe liegt insbesondere auch dann vor, wenn Jemand Aufwendungen auf eine Sache macht, welche der Dominus ihrem Untergange weihte [1]): in diesem Falle leistet der Gestor eine Hülfe zwar für eine Sache, welche dem Dominus gehört, aber er leistet eine Hülfe, wo der Dominus keiner Hülfe bedarf, er will mitwirken an dem Schutze von Interessen, welche gar nicht mehr Interessen des Dominus sind [2]): denn der Dominus ist Herr seiner Interessen [3]), er ist berechtigt zu bestimmen, daß gewisse Interessen nicht mehr seine Interessen sind. Daher ist die wahre actio negot. gest. contraria ausgeschlossen; der Gestor ist beschränkt auf einen Bereicherungsanspruch, sofern der Dominus nicht vorzieht, dem Gestor die Sache heimzuschlagen, — eine Heimschlagung, welche den Dominus ebenso entlastet, wie sie der Intention des Gestors, welcher einen Theil seines Vermögens in die Sache gelegt hat, entsprechend sein wird.

Fälle wie die angegebenen waren es, welche sich hauptsächlich den römischen Juristen aufdrängten, und von Labeo bis auf Celsus und Julian finden wir die römische Jurisprudenz in Thätigkeit, diese Schwierigkeit zu bewältigen. Proculus wußte sich in der Sache nicht zu helfen, und in seinen Noten zu Labeo tadelte er, daß dessen Gestionslehre, welche auf einen vollen Aufwandsersatz zusteuert, zu einer

1) Bezüglich des Falles, wo der Dominus die Hülfeleistung verbot, vgl. oben S. 50 f.

2) Vgl. auch Ruhstrat, Arch. f. civ. Prax. XXXII S. 193 f.

3) Vgl. auch fr. 4 ad S. C. Trebell.: cum variae sint hominum voluntates.

ungerechten Belastung des Dominus führe, während „unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere.“ Diese Plumpheit des Proculus bot dem Celsus Gelegenheit zu einer jener Entgegnungen, in welchen sich hellenische Geistesklarheit mit römischem Sarkasmus vereinigt: istam sententiam Celsus eleganter deridet; denn der Fall, von welchem Proculus spricht, ist kein Fall einer utilis gestio, ja kein Fall einer wahren Gestion überhaupt: es ist eine bloße putative Geschäftsführung, welche der Dominus nicht anzuerkennen braucht. Auf diese feine Bemerkung des Celsus gründete Julian seine Theorie, welche sodann die spätere Jurisprudenz beherrschte [1]).

Daß übrigens in einem solchen Fall die Bereicherung zu ersetzen ist, ergibt sich aus dem obigen; und daß der Dominus sich durch Heimschlagung der Sache befreien kann, entspricht der Analogie der Behandlung bezüglich der damni infecti cautio, auf welche, wie sich oben ergibt, die römischen Juristen selbst Bezug nehmen; es wird aber auch direkt bewiesen durch fr. 48 pr. de usufr.: si paratus sit recedere ab usufructu fructuarius, non est cogendus reficere, sed actione negotiorum gestorum liberatur [2]). Und ebenso ergibt sich aus den obigen Erörterungen von selbst, daß der Preisgebungswille des Dominus nicht in Betracht kommt, wenn seine Preisgebung als widerrechtlich vom Rechte nicht berücksichtigt wird — so insbesondere, wenn es sich um eine Sache handelt, deren Erhaltung eine Pflicht des Dominus ist; so wenn der Eigenthümer einer dem öffentlichen Gebrauche bestimmten Brücke

1) Dieser Entwickelungsgang ergibt sich aus Ulpian, in fr. 9 § 1 de neg. gest. Ueber die Noten des Proculus vergl. Pernice, Labeo I S. 84.

2) Vgl. auch noch fr. 3 § 5 de in rem verso: hactenus erit dominus obligatus, ut, si non putat sibi expedire nomen debitoris habere, cedat creditori actionibus procuratoremque eum faciat.

für die Unterhaltung derselben zu sorgen hat; oder wenn ein Rheder ein baufälliges Schiff mit Mannschaft den Wellen überläßt, in der schnöden Hoffnung, die Versicherungssumme zu lucriren.

Das Entwickelte kommt insbesondere auch in Betracht bei gefundenen Sachen. Der Finder, welcher die Sache in seine Obhut nimmt, ist ein negotiorum gestor [1]), und seine gestio gibt ihm Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen — wie solches insbesondere in einer Reihe deutscher Rechtsquellen anerkannt ist [2]). Aber die Gestio kann auch eine putative Gestio sein und der Dominus kann die Sache aufgeben — gibt er sie auf, so haftet er nicht für die weitere Gestio, er haftet auch für die frühere nicht, sofern er die Sache heimschlägt und der Finder in der Sache selbst genügenden Ersatz findet. Ein solches Aufgeben der Sache braucht nicht ausdrücklich zu geschehen, es kann auch stillschweigend dadurch erfolgen, daß der Dominus seine Recherchen aufgibt: gibt er sie auf, veranlaßt er keine weiteren Nachforschungen Dritter, so ist damit gesagt, daß er sich einstweilen mit der Sachlage beruhigt, — aber nicht auch, daß er das Eigenthum preisgibt: es ist ein großer Unterschied, ob Jemand erklärt, daß er die Sache nicht mehr eines bestimmten Aufwandes werth halte, und ob er die Sache derelinquirt. Er kann daher immerhin sich später, solange das Fundrecht sein Eigenthum nicht an den Finder übergehen ließ, sich zur Sache

1) Vgl. auch Delbrück in diesen Jahrb. III S. 25 f.

2) Vgl. z. B. Sachsensp. II 37 § 1: gelde die kost, die jene dar mede gehat hevet, of it perd oder ve is; II 29: unde he ime sine kost gelde na guder lüde kore; Weisthum v. Ueberdingen v. 1454 § 8 (Grimm Weisth. VI S. 693); von Rümlang § 19 (ib. IV S. 305): sol der, des der irgang ist, den costen und schaden, so der irgang kostet hat, usrichten; von Affholtern § 7 (ib. IV S. 392): der sol dem amptmann sinen schaden ablegen u. s. w.

ziehen[1]); allerdings hat er dann die Kosten der negotiorum gestio zu ersetzen, also die Kosten, welche aufgewendet wurden, solange die Thätigkeit des Finders eine negotiorum gestio war, solange der Dominus sich noch nicht apathisch zur Sache verhielt; die späteren Kosten hat er zu ersetzen, soweit die Sache dadurch conservirt oder verbessert wurde, d. h. nach den Grundsätzen der Bereicherung: die Kosten der ersten Periode waren Kosten einer wirklichen, die der zweiten Periode dagegen Kosten einer vermeintlichen negotiorum gestio: für die ersteren haftet der Dominus kraft Rechtsgeschäfts, für die letzteren nach den Condictionsgrundsätzen[2]).

Dieser Unterschied hat die wichtige Bedeutung: waren Kosten erfolglos aufgewendet, ist beispielsweise das gefundene oder das gerettete Gut untergegangen, so hat sie der Dominus nur zu ersetzen, solange sie in der Periode der negotiorum gestio aufgewendet wurden; nicht mehr, sobald sie aufgewendet wurden, nachdem er die Sache aufgegeben hatte.

Die Grundsätze sind daher klar; nur die faktische Festsetzung des Aufgebungswillens kann Schwierigkeiten machen: dieser Wille, wie jeder andere, wird im Rechte nur berücksichtigt, soweit er sich geäußert hat; die Aeußerung kann in der verschiedensten Weise stattfinden. Die Dame, welche das entlaufene Hündchen eindringlichst annoncirt, wird nicht so bald als verzichtend angesehen werden können; wogegen derjenige, welcher die Sache nicht einmal der Annonce werth erachtet,

---

1) Daß darin keine Ratihabition der Gestion liegt, darüber vgl. oben S. 52 No. 2.

2) Es gilt dasselbe, wie wenn nach begonnener Gestion ein Verbot des dominus eingetreten wäre; die vor dem Verbot geleistete Thätigkeit bleibt Gestionsthätigkeit und die bis dahin gemachten Aufwendungen sind zu ersetzen. Vgl. c. ult. h. t.; Dalloz, Répert. v. Obligations nr. 5479; Sächs. Gesb. § 1355; vgl. auch meine Abhandl. in diesen Jahrb. XVII S. 378

sie sofort aus dem Bereiche seiner Interessen entläßt; und derjenige, welcher die Sache mit einer neuen ersetzt, erklärt damit implicite, daß er auf die verlorene Sache nicht mehr reflectirt. Das ganze Verfahren des Dominus, der Zeitablauf, die neuen Lebensverhältnisse, in welche er sich eingelebt hat, können ebenso viele Zeugnisse seiner auf die Sache bezüglichen Stimmung bieten.

Ein vorzügliches Beispiel hierfür gewährt das Seeversicherungsrecht. Der Versicherte ist bei Eintritt des Unglücksfalles der Gestor des Versicherers: er ist sogar verpflichtet für die Erhaltung der Sache zu wirken, a. 823, darum hat ihm der Versicherer die Kosten dieser Gestion zu ersetzen, a. 838 Z. 3, a. 844 cf. a. 874 HGB.; er hat sie ihm zu ersetzen, selbst wenn sie erfolglos aufgewendet sind, vgl. a. 838 Z. 3 HGB. Hiervon kann sich jedoch der Versicherer ledigen; er kann sich ledigen, wenn er nach Eintritt des Unfalls erklärt, daß er auf die Rettung der Sachen nicht mehr reflectire: er thut es, indem er sofort die volle Versicherungssumme bezahlt, als wie wenn die Sache untergegangen wäre, a. 845 HGB.[1]); doch bleibt er auch hier haftbar, soweit solche Kosten aufgewendet wurden, bevor seine Erklärung dem Versicherten zugekommen ist.

§ 3.

Der Dominus ist Herr seiner Interessen. Daraus geht hervor, daß auch ein dem Dominus fremdes Geschäft zum Geschäfte des Dominus werden kann, wenn er es anerkennt, wenn er erklärt, es als das seinige annehmen zu wol-

1) Vgl. auch die allgemeinen Seeversicherungsbedingungen v. 1867 § 66, 84 Z. 3, 92 und 93. Vgl. ferner C. de comm. a. 381, Droz, Traité des assurances maritimes II nr. 606 f.

len [1]). So kann es kommen, daß das negotium alienum zum negotium suum wird: ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum, fr. 5 § 11 de neg. gest., vgl. auch fr. 5 § 12 eod.: ratihabitio hoc conciliat, quae res efficit, ut tuum negotium gestum videatur [2]). Es gilt hier dasselbe wie beim Mandat: auch beim Mandat kann ich fremde Interessen in meinen Kreis aufnehmen, und dies genügt als causa mandati; dies genügt, auf daß der Mandatar mir mandatsweise haftet; worauf später (S. 108) zurückzukommen ist. Wie ich daher Jemanden beauftragen kann, einem Dritten zu schenken, so kann ich es auch ratihabiren, wenn Jemand für mich eine Schenkung gemacht hat; und wie ich Jemanden beauftragen kann, einen Dritten seines Besitzes zu entsetzen, so kann ich es auch ratihabiren, wenn ein Dritter es für mich gethan hat. Und daß ich dieses fremde Geschäft zum meinigen machte, hat auch sonst wichtige Wirkungen: ich muß mich jetzt auch in anderen Beziehungen darnach behandeln lassen, daß das Geschäft nunmehr das meinige ist: wurde eine Nichtschuld eincassirt, so hafte ich mit der condictio indebiti; ist eine res hereditaria besessen, so hafte ich mit der hereditatis petitio, fr. 5 § 11. 12 de neg. gest., fr. 81 § 5 de furt., fr. 13 § 12 de hered. pet.; ist eine bonorum possessio agnoscirt [3]), so hafte ich als bonorum possessor; ist in meinem Namen ein Vertrag abgeschlossen, so hafte ich kraft des Vertrages [4]); ist eine De-

1) Vgl. auch Wlassak, zur Geschichte der neg. gestio S. 74 f. Vgl. auch Sächsisches Gesetzbuch § 1358.

2) Vgl. auch Dalloz, Répert. v. Obligations nr. 5410 f.

3) Vgl. fr. 3 § 7, fr. 7 pr. de bon. possess., fr. 24 pr. rat. rem hab.

4) Vgl. auch noch fr. 23 de neg. gest.

jection vollzogen, so hafte ich als Dejicient, fr. 1 § 14 de vi et vi arm., fr. 3 § 10 und 11 eod.

Dieser Grundsatz ist von der einschneidendsten Wichtigkeit; denn er erst ermöglichte eine stellvertretende Geschäftsführung, er erst ermöglichte eine Geschäftsführung mit unmittelbarem Rechtserwerb und unmittelbarer Schuldbeziehung zu Dritten; er erst ermöglichte eine Geschäftsführung in Bezug auf Geschäfte, welche ohne Zustimmung des Dominus nicht Geschäfte des Dominus werden können, weil sie in seinem Namen eingegangen werden und mithin seine Zustimmung nöthig ist, damit sie überhaupt zur Perfection gelangen. Denn so weit kann als Regel die negot. gestio nicht ausgedehnt werden, daß sie, auch wenn sie völlig utiliter operirte, unmittelbar Rechtsgeschäfte des Dominus erzeugte: Rechtsgeschäfte des Dominus bedürfen seines Geistesaktes, sie bedürfen mindestens seiner Selbstentäußerung durch die Vollmacht. Daß nun aber Rechtsgeschäfte des Dominus kraft negot. gestio erzeugt werden können, beruht darauf, daß eine Gestio möglich ist in Bezug auf Angelegenheiten, welche noch nicht den Dominus betreffen, welche er aber durch spätere Willenserklärung zu den seinigen macht. Der Grundsatz: ratihabitio facit suum negotium hat sich auch in der Art bewährt, daß die Ratihabition ein Rechtsgeschäft zum Abschlusse bringt, welches der Mitwirkung des Dominus bedarf, damit es überhaupt Rechtsgeschäft werde: die ratihabitio macht auch dasjenige negotium zu einem negotium des Dominus, welches erst ein negotium wird, wenn es ein negotium des Dominus ist [1]).

---

1) Ueber die stellvertretende negot. gestio vgl. namentlich Donellus, de jure civili XV 17 nr. 10 (Ed. Florent. 1842) IV p. 161 f., Zimmermann, stellvertretende negot. gestio S. 138 f., hier auch S. 301 f. über Besonderheiten; vgl. ferner Dalloz Rép. v. Oblig. nr. 5462.

§ 4.

Oben ist die Utilität der neg. gestio betont worden; diese Utilität verlangt, daß das Geschäft ein Geschäft des Dominus ist d. h. daß es eine Hülfeleistung für sein Interesse enthält; aber sie verlangt noch mehr, sie verlangt, daß das Geschäft in einer zweckentsprechenden Weise geführt wird, daß nicht nur die Interessensphäre des Dominus berührt wird, sondern daß dieselbe auch in einer entsprechenden, angemessenen Weise berührt wird: daß sie berührt wird zur Erreichung gewisser Zwecke, daß sie berührt wird durch Anwendung geeigneter Hülfsmittel.

Was nun dieses betrifft, so ist zu sagen: Die Zwecke, denen die Führung dienen soll, sind Zwecke des dominus, die Mittel aber, mit welchen diese Zwecke erfüllt werden sollen, sind die Mittel des Gestor; und die Frage, ob die Utilität nach subjectiven oder objectiven Gesichtspunkten zu beurtheilen sei, sollte überhaupt nicht in dieser Form gestellt werden. Die Mittel sind naturgemäß nach den Umständen des Gestor abzumessen, und wenn dieser mit besonderen Kenntnissen, besonderen Erfahrungen, besonderen Geschicklichkeiten ausgerüstet ist, so kommen natürlich diese in Betracht. Das Geschäft kann ein solches sein, daß es gar nicht von dem Dominus geführt werden könnte, daß der Dominus es unter allen Umständen einem Dritten überlassen müßte. Der Gemsjäger, welcher einen erschöpften, ohnmächtigen Alpensteiger in die Hütte trägt, der Arzt, welcher einem verwundeten Wanderer die ärztliche Assistenz leistet, der Sprachenkundige, welcher einen Fremden gegen ein Mißverständniß vertheidigt — alle diese leisten Menschenhülfe nach Maßgabe der ihnen eigenst zu Gebote stehenden leiblichen oder geistigen Hülfsmittel. Dasselbe gilt auch dann, wenn ein Fabrikarbeiter, eine Feuers-

gefahr erkennend, mit der ihm kraft seiner Fabrikthätigkeit innewohnenden Fertigkeit den Brand löscht, oder ein Architekt einem baufälligen Gebäude sofort abhilft. Ebenso sicher ist es aber, daß es die subjectiven Zwecke des dominus sind, welchen der Gestor sich unterordnen muß[1]); denn seine Sache ist es nicht, den dominus zu bevormunden, seine Sache ist ihm die Menschenhülfe zu leisten, welcher er bedarf; und nur wenn es sich um solche Zwecke handelt, deren Erreichung eine unabweisbare Pflicht ist, gilt etwas Anderes, wie solches bereits aus dem Obigen hervorgeht. Daher ist es selbstverständlich keine negot. gestio, wenn ein übereifriger Freund mir damit einen Gefallen erweisen will, daß er meine Villa und Garten niederreißt und in Bauplätze verwandelt[2]), oder meinen begonnenen Renaissancepalast, dessen sofortiger Ausbau nöthig ist, mit einigen gothischen Thürmchen flankirt, oder in dem Hofe, wo meine Kinder spielen, eine Miethkaserne baut; es ist keine utilis gestio, wenn Jemand einem in momentane Geldnoth gerathenen Sohn so viel Geldmittel vorstreckt, daß dieser zum Schlemmer wird[3]), oder wenn er der Nichte eines

---

1) Vgl. auch Ruhstrat, Arch. f. civ. Prax. XXXII S. 189, Monroy, vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte S. 26 f. Sächsisches Gesetzbuch § 1345: „Der Geschäftsführer hat sich bei der Geschäftsführung nach dem ihm bekannten wirklichen oder muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn und, in Ermangelung eines daraus zu entnehmenden Anhaltes, nach der Natur der Sache und nach den Verhältnissen des Geschäftsherrn zu richten".

2) Vgl. auch Wächter, Arch. f. civ. Prax. XX S. 355 f. Vgl. ferner Obertrib. Berlin 18./3. 1879 Seuffert Arch. XXXV 22: „es kommt dabei wesentlich mit in Betracht, ob die Handlung nach der besonderen Lage des Geschäftsherrn eine nützliche gewesen ist, ob sie seinem präsumtiven Willen entsprochen hat".

3) Man vgl. auch analog fr. 3 § 3 de in rem verso: ut se aleret et vestiret secundum consuetudinem domini, id est usque ad eum modum, quem dominus ei praestare consueverat (cf. fr. 3 § 2 eod.). Vgl.

Bekannten eine Ausstattung gibt, welche ihr Oheim ohne Mitgift heirathen lassen wollte, — etwa weil er dem Ehemanne mißtraut [1]). Das Gegentheil hieße die Lebensauffassung eines Anderen der meinigen vorziehen, meinen Idealismus dem Utilitarismus eines Anderen preisgeben, mein ganzes Lebensideal verrücken und mich in Geschäfte stürzen, die meinem Wesen zuwider sind [2]). Für solche Hülfeleistung kann man füglich bestens danken [3]).

Eine andere Frage ist es, ob nicht hier der entschuldbare Irrthum des Gestor Berücksichtigung finden kann, und diese Frage darf allerdings nicht von der Hand gewiesen werden. Zwischen einem bloß putativen Geschäfte, das den Dominus nichts angeht, und dem Geschäfte eines Dominus, welches in einer seinen Lebenszwecken nicht entsprechenden Weise ausgeführt wird, ist ein großer Unterschied: was mein und nicht mein ist, steht äußerlich fest [4]); meine Lebenszwecke aber sind mein Internum, mein Heiligthum und treten oftmals nur bruchstückweise an die Oberfläche. Hier kann von einer Identifikation der Drittbestrebungen mit den meinigen vielfach kaum die

---

ferner fr. 7 § 13 ad S. C. Maced.: certe eam quantitatem, quam pater solebat subministrare.

1) Vgl. auch fr. 9 de in rem verso (cf. fr. 3 § 2 eod.).

2) Umgekehrt ist aber auch der Gestor entlastet, wenn er in meinem Sinne gehandelt hat, sollte auch eine wirthschaftlichere Vermögensverwaltung, sollte auch eine ökonomischere Lebensgestaltung nahe liegen, fr. 13 § 1 de usur.

3) Vgl. auch fr. 14 § 10 de relig., wo die actio funeraria abgewiesen wird, si forte in contumeliam defuncti hominis locupletis modicus (sumptus) factus sit.

4) Und auch ob eine Sache zum Untergang bestimmt ist oder nicht, wird meist nicht so schwer zu ermitteln sein; im Nothfalle findet hier die oben nachgewiesene Ausgleichung statt.

Rede sein [1]), nur von einer Annäherung an dieselben; und wenn der Gestor mit der nöthigen Discretion gehandelt und sein Bestes gethan hat, um der Geistesrichtung des Dominus zu entsprechen, so wird man seiner actio Gehör geben müssen [2]); das Gegentheil wäre geeignet, dem Institute den Lebensfaden abzuschneiden. Gilt doch auch das Gleiche, wenn ich als Dominus absichtlich meine Angelegenheiten einem Dritten übergebe: alle meine Instructionen werden nicht hinreichen, meine Pläne in der Weise an die Außenwelt zu richten, daß nicht gewisse Eventualitäten der freien Erwägung des Verwalters anheimgegeben werden müssen; auch hier kann man nur eine möglichste Annäherung an die Absichten des Dominus, keine völlige Coincidenz verlangen [3]) — um wie viel mehr, wenn ein Dritter, welcher in die Verhältnisse des Dominus kaum eingeweiht ist, auf die Schneide gestellt und zum Entschluß gedrängt ist. Dazu kommt noch, daß der Gestor mit seinen Mitteln und mit seiner Geschäftskenntniß zu arbeiten hat; daß er möglicherweise in die besonderen individuellen Techniken des Dominus nicht eingeweiht ist, mithin auch mit dem besten Willen nicht die gleichen Resultate erzielen kann: denn die Resultate sind häufig durch die angewendeten Mittel bedingt. Wer eine Maschine, deren Weiteroperiren Tod und Verderben brächte, plötzlich zum Stillstande bringt, der vollzieht ein negot. utile, auch wenn der Dominus mit

---

1) Es ist daher unrichtig, wenn man gemeint hat, die Geschäftsführung müsse der Art sein, daß sie der Dominus ebenso gewollt hätte oder hätte wollen müssen, wenn er selbst dabeigewesen u. s. w. Vgl. hiergegen Sturm, das negotium utiliter gestum S. 14 f. 27 f.

2) Vgl. auch fr. 13 § 22 de act. emt. (verisimile).

3) Daher sind alle Auffassungen verfehlt, welche das Institut der neg. gestio auf Willensübereinstimmung und Aehnliches bauen wollen; Citate sind überflüssig.

einem richtigen Griffe ihre Operation nicht etwa sistirt, sondern nach nutzbringender Seite hin gelenkt hätte; und wenn der Zauberlehrling auch nur einigermaßen die Fluth abwenden kann, so handelt er im Interesse des Dominus. Wo die Erreichung der dem Dominus vorschwebenden Zwecke unmöglich ist, da muß man den Gestor anerkennen, wenn er auch nur nach Kräften bestrebt war, sich diesen Zwecken anzunähern. Die negot. gestio involvirt ein Pflichtenverhältniß, welches den Regeln der bona fides untersteht [1]).

Um so dringender wird natürlich seine Pflicht, sich auf das Nothwendige zu beschränken, da er nur so der Gefahr entgeht, einen falschen Griff zu thun und sich einem berechtigten Desaveu auszusetzen [2]) — im Falle dieses Desaveu hätte er bloß die Bereicherung zu beanspruchen oder das jus tollendi, weiter nichts; er hätte bloß dieses zu erwarten, ja er müßte für das Vermögen des Dominus aufkommen, welches auf solche Weise den Zwecken des Dominus entzogen worden wäre. Dies ergibt sich auch aus einem instructiven Falle des Proculus, den uns Pomponius hinterlassen hat, fr. 10 de neg. gest.: si quid damnum ex ea re secutum erit, te sequetur, lucrum vero absentem: ein solches damnum ist auch der Schaden, welchen der dominus erleidet, wenn sein Vermögen incongruenten Zwecken geopfert worden ist.

§ 5.

Die negotiorum gestio setzt also voraus, daß die Gestio eine Menschenhülfe sei; sie braucht nicht die Hülfe für einen

---

1) Ueber die bona fides bei der neg. gestio vgl. auch Pernice, Labeo II S. 802; vgl. auch schon Cicero, top. XVII § 66, vgl. ferner Paulli Sent. I 4 § 1.

2) Vgl. auch fr. 3 § 4 de in rem verso: quae magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem .... quia nec procurator haec imputaret,

bestimmten Menschen zu sein. Es kommt deßhalb nicht darauf an, ob der Gestor den Dominus kannte, für welchen er thätig war, es kommt auch nicht darauf an, ob er einen anderen Dominus für den richtigen hielt [1]): der Gestor hat eine Menschenhülfe geleistet, und es treten darum die charakteristischen Erfolge der neg. gestio utilis ein: Ersatz der Aufwendungen, auch wenn die Gestio schließlich abortirt. Es ist daher auch nichts sicherer, als daß ein solcher Irrthum nicht in Betracht kommt — er kommt nicht in Betracht, weil die neg. gestio eine Menschenhülfe, keine Menschenhülfe in tendenziöser Richtung auf die Person des Dominus voraussetzt. Daher die römischen Entscheidungen: ich rette den Sclaven des Sempronius, den ich für den Sclaven des Titius halte, fr. 5 § 10, cf. fr. 5 § 1 de neg. gest.; ich führe Erbschaftsgeschäfte, weil ich meine Schwester für die Erbin ex testamento halte; in der That ist aber das Testament nichtig und die Söhne des Verstorbenen sind die Erben — ich habe gegen diese die act. neg. gest., fr. 44 § 2 de neg. gest.; ich führe die Geschäfte des homo

nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit. Vgl. ferner fr. 3 § 6 eod.: quod mutuatus servus domino emit volenti ad luxuriae materiam.

1) Vgl. auch OAG. Celle 15./5. 1856. Seuffert Arch. XI 37. Sächsisches Gesetzb. § 1343: „Hat sich der Geschäftsführer bei der Geschäftsführung über die Person des Geschäftsherrn geirrt..., so gelten diejenigen als Geschäftsherren, deren Geschäfte geführt worden sind". Hieran scheitern alle Vertragstheorieen. Unrichtig auf Grund solcher Theorien Pothier, mandat nr. 194, welcher glaubt: à ne considérer que la subtilité du droit, je n'ai d'action .... contre vous. ...... je n'ai pas eu intention de vous faire contracter aucune obligation envers moi; unrichtig auch Laurent, Principes de droit civ. franç. XX nr. 325 p. 355: le quasicontrat est un fait juridique analogue au contrat ... Richtig dagegen Aubry et Rau, Cours de droit civil franç. IV p. 723, Larombière, Théorie et prat. des obligations V ad a. 1372 nr. 7. Doch kommt auch Pothier l. c. zu dem richtigen Resultat, wenn er fortfährt: j'avais une intention implicite en faisant cette affaire de faire l'affaire de celui qu'elle concernait.

liber qui tibi bona fide servit und führe sie, indem ich ihn für deinen Sclaven, indem ich daher sein Vermögen für das deinige halte: nichts destoweniger findet die neg. gest. actio gegen denjenigen statt, den die Geschäfte speciell treffen, also gegen den Pseudosclaven — gegen den Herrn desselben nur, soweit ihn die Geschäfte angehen, soweit es sich also um einen Erwerb ex re sua oder ex operis handelt, fr. 5 § 9 de neg. gest.; vgl. auch fr. 14 § 1 comm. div. u. s. w.[1]). Besonders Pomponius ist es, welcher diesen Gesichtspunkt lebhaft betont zu haben scheint.

Daher findet auch die neg. gestio statt, wenn die Person des Dominus nicht nur subjectiv unsicher, sondern auch objectiv ungewiß ist; so war es besonders, wenn die Geschäfte des Kriegsgefangenen geführt wurden: man warf allerdings den Zweifelsgrund auf, daß die Vermögensstücke eo tempore quo (negot.) gerebantur dominum non habuerunt, aber über diesen Zweifel setzte man sich hinweg, fr. 11 pr., fr. 18 § 5, fr. 19 de neg. gest.[2]), und mit vollem Rechte. Ueber eine ähnliche Schwierigkeit bezüglich der hereditas jacens hatte schon das prätorische Edict hinweggeholfen[3]), fr. 3 pr. de neg. gest.: sive quis negotia, quae cujusque cum is moritur fuerint, gesserit, judicium eo nomine dabo; vielleicht war dieses der Grund, warum der Prätor in seinem Edikte, anstatt bloß die civilistischen Formeln zu proponiren, das judi-

---

1) Analog verhält es sich bei der actio communi dividundo: es genügt, daß ich den Aufwand für eine gemeinsame Sache machen will, und es kommt nicht in Betracht, wenn ich mich bezüglich des socius irre, fr. 29 pr. comm. divid., cf. fr. 14 § 1 eod.

2) Vgl. dazu Hase, jus postliminii S. 112 f., Bechmann, jus postliminii S. 69 f.

3) Vgl. auch Pernice, Labeo I S. 365 f.

cium ausdrücklich versprach — um Zweifel zu heben[1]); vgl. auch fr. 3 § 6 eod.: de quo fuit necessarium edicere, und dazu noch fr. 21 de neg. gest. und die Construction des Paullus, fr. 20 § 1 de neg. gest.[2]). Und ein solches Erbschaftsgeschäft liegt nach römischer Anschauung auch in der Beerdigung des Verstorbenen; denn qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede, fr. 1 de relig.

Schwieriger noch liegt der Fall, wenn Jemand als tutor eines posthumus eingesetzt ist: tutor ist er erst mit der Geburt des posthumus; wird der posthumus geboren, so wird allerdings auch die frühere Gestion zur Tutel eingerechnet; wenn nicht, so ist es negot. gestio, und die actio geht gegen den wirklichen Dominus, fr. 19 § 2 de testam. tut., fr. 1 § 6 de eo qui pro tut., fr. 28 de neg. gest. Allerdings läßt sich hier das Bedenken nicht unterwinden, daß die Gestionsabsicht auf einen homo nondum natus gerichtet ist, welcher möglicherweise nicht geboren wird, daß mithin der Mangel nicht in der Ungewißheit des Gerenten, sondern in der Richtung desselben auf eine nicht vorhandene Persönlichkeit liege; darum hat auch noch Paullus, fr. 24 de tut. et rat. distr., hier die actio neg. gest. verneint und eine utilis actio gegeben. Andere Juristen, namentlich Ulpian, haben sich darüber hinweggesetzt, und mit Recht; denn wenn das Subject des Gestionsgeschäfts nicht in Betracht kommt, so kann es auch kein durchschlagender Mangel sein, wenn der Gestionswille nicht nur auf eine unrichtige, sondern auch auf eine noch nicht existirende Persönlichkeit gerichtet ist.

---

1) Denn daß früher eine formula in factum concepta gegeben war, (Wlassak, zur Geschichte der neg. gest. S. 15 f. 21 f.), halte ich nicht für erwiesen; vgl. auch Lenel, Edict. perpet. S. 85 f.

2) Vgl. auch Köppen, die Erbschaft, eine civil. Abhandl. S. 82 f.

Daher ist auch eine Gestion zu Gunsten einer erst in der Bildung begriffenen juristischen Person möglich, wie solches denn auch das moderne Recht namentlich in Bezug auf Aktiengesellschaften und dgl. angenommen hat [1]).

Das Subject des Gestionsgeschäfts kommt daher nicht in Betracht; wohl aber das Gestionsgeschäft selbst, und dieses wird fixirt durch das objektive Interesse, zu dessen Gunsten die Hülfeleistung bestimmt ist: auf wessen Person die Intention des Gestor gerichtet ist, kommt nicht in Rücksicht, wohl aber kommt das objektive Interesse in Rücksicht, auf welches die Intention abzielt: der Gestor soll seinen Ersatz haben für seine Menschenhülfe ohne Rücksicht auf die Person, welcher er sie leisten wollte — denn in dieser Hinsicht ist ein Menschenantlitz dem andern gleich — aber er soll den vollen Ersatz nur haben für diejenige Menschenhülfe, welche er leisten wollte: denn nur in dieser Hinsicht liegt die wohlthätige Intention vor, welcher das Recht in die Hand arbeiten will; er soll diesen Ersatz haben nur für die Wahrung desjenigen Interesses, welches er zu wahren gesonnen ist [2]). So denn auch vortrefflich Labeo, und ihm folgend Pomponius und Julian.

Es waren namentlich zwei Fälle, deren Bewältigung den römischen Juristen oblag. Der Gestor ist in einer Angelegenheit thätig, welche die Mündelverwaltung betrifft. Die Angelegenheit greift in das Interesse des Mündels, sie greift aber auch in das Interesse des Vormundes ein, welcher für zweckentsprechende Wahrung des Mündelgutes zu sorgen hat. Es ist nun wesentlich, nach welcher Richtung hin die Hülfe geleistet werden soll: ist die Intention auf die Integrität des

1) Vgl. Reichsoberhandelsgericht 20./5. 1873 Entsch. X S. 200 f. 205 f. und die hier cit., 21./1. 1876 Entsch. XX S. 208 f. 212.

2) Vgl. auch Donellus, de jure civili XV 17 nr. 6 f. (Ed. Florent. 1842) IV p. 158 f.

Mündelvermögens gerichtet, so führt der Gestor ein Geschäft des Mündels, andernfalls ein Geschäft des Vormundes; daher, je nachdem, die neg. gestio gegenüber dem einen oder anderen; die Regel wird natürlich das erstere sein, und würde der Gestor von der Pupilleneigenschaft des Dominus nichts wissen, so würde sich dies von selbst verstehen. So fr. 5 § 2 de neg. gest., so analog fr. 45 pr. eod.

Der zweite Hauptfall ist der, wenn es sich um einen servus oder filiusfamilias handelt. Servus und filiusfamilias sind selbständige Vermögensfaktoren, sie sind keine Repräsentanten des Hausvaters, wenn auch ihr Aktiverwerb mit Nothwendigkeit in das Vermögen desselben fällt [1]); sie haben auch kraft der Peculien eine selbständige wirthschaftliche — wenn auch nicht rechtliche Stellung, und damit selbständige Interessen [2]). Eine Hülfeleistung, welche sich auf das Peculiarvermögen bezieht, kann daher auf die Interessen des Hausvaters [3]), wie auf die Interessen der servus oder des Haussohnes abzielen, und dementsprechend handelt es sich um ein Geschäft des ersteren oder des letzteren. Die Regel wird natürlich das letztere sein; regelmäßig wird daher die actio neg. gest. gegen den Sohn stattfinden — und gegen den Vater nur die actio de peculio und de in rem verso; und dies versteht sich wieder-

1) Schlußfolgerungen hieraus für die Lehre des Rechtsgeschäfts an einem anderen Orte.

2) Daher ist es kein in rem domini versum, wenn der Sclave seine Peculiarschuld bezahlt, fr. 11 de in rem verso, oder einen Dritten sich für die Sclavenschuld verbürgen läßt, fr. 18 eod.; wohl aber liegt ein in rem versum darin, daß der Haussohn als defensor auftritt, wenn der Hausvater de peculio belangt wird, fr. 10 § 8 eod.

3) Bezüglich dieses Falles vgl. fr. 10 § 5 de in rem verso: si contemplatione domini pecuniam dedi non gerenti servo negotia domini, sed ipse gerens, negotiorum gestorum actione potero etiam de usuris experiri.

um da von selbst, wo der Gestor von der Eigenschaft des filius als eines Gewaltunterworfenen nichts weiß, wo er daher die Geschäfte des Peculiarvermögens als eines selbständigen Vermögens verfolgt; so fr. 5 § 8 de neg. gest.[1]).

Dies die Hauptfälle. Aber auch noch andere interessante Complicationen boten sich den römischen Juristen dar, an welchen sich dieses Princip erproben mußte. Dahin gehört vor allem ein interessantes Responsum des Scävola fr. 60 § 1 mandati. Ich erfahre, daß eine nähere Bekannte heirathen will und daß ihre Mutter sie ausstatten wird. Um die Ehe zu begünstigen, schreibe ich dem Bräutigam, daß ich für alles, was die Mutter an Dos verspricht, gutstehen werde. In Folge dessen heirathet die Bekannte. Ich oder mein Erbe kommt in die Lage, die Dos zu bezahlen; haben wir die actio negot. gestorum gegen die Mutter oder ihre Erben? Scävola verneint es: palam enim facere Titium non tam Titiae (der Mutter) nomine, quam quod consultum vellet mandasse. In ähnlicher Weise entscheidet Papinian in seinem 17. Buche der Quästionen (fr. 8 de usufr. ear.

1) Daher ist auch die Ratihabition des Dominus unwirksam. Sie hat auch nicht die Wirkung eines nachträglichen jussus (fr. 1 § 6 quod jussu, aber auch fr. 5 § 2 de in rem verso), denn sie bezieht sich nicht auf ein Geschäft, welches für den Dominus ausgeführt wurde, sondern auf ein dem Dominus fremdes Geschäft. Und daß nichts destoweniger eine Haftung de in rem verso möglich ist, beruht auf dem Satze, daß die actio de in rem verso nicht nur dann stattfindet, wenn der Sohn ein Geschäft von Haus aus für den Dominus geführt hat, sondern auch dann, wenn der Sohn das in das Peculium Erworbene nachträglich in rem domini vertit, vgl. fr. 3 § 1, fr. 5 § 3 de in rem verso; vgl. auch Witte, Bereicherungsklagen S. 259. So erklärt sich vortrefflich der Schluß der Stelle (fr. 5 § 8 cit.): et in patrem dandam actionem, in quantum locupletior ex mea administratione factus sit; denn was auf diesem Wege in rem domini kommt, stammt ex mea administratione. Richtig Witte S. 37 f., unrichtig Zimmermann, ächte und unächte Neg. Gestio S. 71 f.

rer. [1]). Zwei Erben ist es im Testament aufgegeben, für den Quasiusufructuar die Caution zu leisten; dieser Testamentsbestimmung entsprechend verbürgen sie sich und sie kommen in die Lage zu zahlen. Sie haben keinen Regreß; eos mandati non acturos: non enim suscepisse mandatum, sed voluntati paruisse; denique cautionis legato liberatos [2]).

Das heutige Recht wird diese Entscheidungen unzweifelhaft insofern anerkennen, als in der Uebernahme der Bürgschaft hier keine neg. gestio [3]) liegt; ob aber nichtsdestoweniger aus der Zahlung ein Regreßanspruch hervorgeht, ist eine andere Frage, welche mit der Lehre von den Correal- und Solidarobligationen zusammenhängt und unten (S. 118 f.) weiter zu erörtern ist.

Ein ganz besonders wichtiger Anwendungsfall des modernen Rechts ist es, wenn Jemand Aufwendungen macht zu Gunsten des Versicherers — Aufwendungen, welche auch dem Versicherten zu Gute kommen. Auch hier besteht das Gestionsverhältniß nur gegenüber dem Versicherer, nicht auch gegenüber dem Eigenthümer der Sache, und zwar handelt es sich nicht um zwei verschiedene Träger desselben objectiven Interesses, sondern um zwei verschiedene Interessenkreise, in welche die Gestion einschlagen kann. Würde der Gestor zu Gunsten des Versicherten handeln, so würde allerdings der Versi-

1) Vgl. hierzu Cujac. in lib. XVII Quaest. Papin. (Ed. Mut. IV p. 400 f.)

2) Allerdings ist nur die actio mandati direkt abgesprochen; aber auch die act. negot. gest. soll verneint werden, wie solches aus dem Satz mit denique hervorgeht.

3) Im letzteren Fall um so weniger, als es gewiß eher im Interesse der Erben wäre, wenn der Quasiusufructuar keine Bürgen finden würde und das Usufructvermögen ihm nicht ausgeliefert werden müßte. Indem sie gegenseitig Bürgschaft leisten, handeln sie gegen das eigene Interesse, daher ist ihnen der Wille, für den Usufructuar zu handeln, fern.

cherte haften, er hätte aber, sofern die Gestio ein versichertes Gut von einer versicherten Gefahr rettet, für das Gezahlte den Entschädigungsanspruch gegen den Versicherer, analog dem Anspruch, den er hätte, wenn das Gut untergegangen wäre: noch mehr, der Versicherte könnte den Gestor sofort auf den Versicherer verweisen, weil der Versicherer das Interesse des Versicherten auf sich genommen, die Gefahr, um deren Abwendung es sich handelt, zur seinigen gemacht hat [1]).

Uebrigens ist die Möglichkeit, daß ich für beiderlei Interessen sorgen will, nicht ausgeschlossen; in diesem Falle ist eine doppelte act. neg. gest. gegeben, welche aber natürlich dem Gestor nichts weiteres verschaffen darf, als vollständigen Ersatz [2]). Dieses ergibt sich ganz klar aus dem analogen Fall, wo Mandat und neg. gestio concurrirt, auf welchen alsbald einzugehen sein wird.

Nun ist es aber auch drittens möglich, daß der Gestor irrt, daß er nicht etwa bloß in der Person, sondern in der Realität des Geschäfts selbst irrt, indem er glaubt, daß die Hülfethätigkeit das eine Interesse befriedige, während sie in ganz andere Interessen einschlägt. Man setze den obigen Fall mit der Modification, daß ich Jemanden für bevormundet halte und im Interesse dieses Vormundes gerire, während die Person gar nicht bevormundet oder etwa von der Vormundschaft längst befreit ist. Dieser Fall ist von dem Falle

---

1) Vgl. auch Vivante, Contr. di assic. I nr. 361 f.

2) Ebenso haftet hier der Gestor mit der actio directa beiden Gestionsherrn; vgl. Paulli Sent. I 4 § 4: Mater, quae filiorum suorum rebus intervenit, actione negotiorum gestorum et ipsis et eorum tutoribus tenebitur: gerade hier wird der Fall sehr leicht vorkommen, daß die Mutter für die Söhne und für die (befreundeten) Tutoren zugleich sorgt. Wie hier geholfen wurde, damit der Gestor durch diese doppelte Haftung nicht belastet wird, ergiebt sich aus fr. 30 § 1 de neg. gest.

der bloßen Personendifferenz wohl zu unterscheiden: nicht bloß einer anderen Person kommt die Hülfe zu — eine objective Interessendifferenz liegt vor, und die Hülfe wirkt ganz anders als erwartet. Der Fall ist nicht mit demjenigen auf eine Linie zu stellen, wo ich ein Haus von den Flammen errette, ohne zu wissen, wem es gehört; sondern mit dem Falle, wo ich bei der Ueberschwemmung durch eine hydraulische Maßregel eine gar nicht vorhandene Gefahr a beschwören will, in der That aber damit das Unglück b verhüte. Die Verbindung zwischen der Intention und dem geretteten Gute ist eigentlich abgeschnitten, und es ist eben nur ein glücklicher Zufall, welcher der mißleiteten Hülfethätigkeit doch noch einen Erfolg gewährt. Würde die putative neg. gestio vom Rechte anerkannt, so wäre allerdings dem Gestor abgeholfen, er würde sich an den Dominus des putativen Geschäftes wenden — aber unser Fall zeigt ganz besonders eclatant die Unzulässigkeit einer solchen Rechtsbehandlung. Obgleich nun die Menschenhülfe hier nach ganz anderen Interessen hinzielt, als geplant ist, obgleich zwischen Intention und Wirklichkeit die größte Discrepanz besteht, so hat die Rechtsordnung dennoch vorgezogen, auch in diesem Falle des Sachirrthums die Vergütung der Hülfeleistung zu gewähren: in Ermangelung eines wirklichen Zieles des hülfereichen Schaffens werden die unerwarteten Wohlthaten, welche von ihm ausgegangen sind, in Contribution gesetzt; an Stelle der Chimäre tritt die unvermuthete Wirklichkeit.

Daß dem so ist, beweist die römische Entscheidung im Falle des Mandats — hier ist es Zeit, auf das Verhältniß zwischen Mandat und negot. gestio einzugehen.

§ 6.

Die Intention der Hülfeleistung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gestor auf Grund irgend eines Zwanges,

eines Gebotes, einer Pflicht handelt[1]). Wer Hülfe leisten will, weil er Hülfe leisten muß, der will nichts destoweniger Hülfe leisten; das Recht kann sich mit der Hülfeleistung, es kann sich aber nicht — wenigstens nicht in erster Reihe — mit den Motiven der Hülfeleistung befassen: auch wer von der Polizei zur Hülfeleistung genöthigt wird[2]), hat die act. neg. gest.[3]); daher ist auch derjenige ein Gestor, qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspicione gessit, fr. 3 § 10 de neg. gest. (vergl. auch c. 18 eod.: necessitate compulsum); daher hat auch derjenige die act. neg. gest., welcher die Geschäfte führte in der Meinung Sclave zu sein, fr. 18 § 2 de neg. gest.[4]): obgleich er ex necessitate servili handelt (Labeo), hat er doch gerendi negotii mei affectionem; er hat sie, obgleich er non quasi amici, sed quasi domini negotium gessit, fr. 35 eod. cf. fr. 5 § 7 eod.; noch mehr natürlich derjenige, welcher sie führt in der Meinung Vormund

1) Das französische Recht scheint auf den ersten Blick anderer Auffassung zu sein, denn a. 1372 (lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui) verlangt eine gestion volontaire; doch steht dies nur im Gegensatz zur Geschäftsführung des Tutors oder Mandatars. Vgl. darüber auch Dalloz, Répertoire v. Obligations nr. 5393 f. Vgl. auch, bezüglich der geschichtlichen Entwickelung des römischen Rechts, Wlassak zur Geschichte der neg. gest. S. 62 f.

2) So kommt es häufig vor, daß Jemanden prima facie eine Leistung auferlegt wird, unter Vorbehalt des Regresses gegen denjenigen, welchen die Sache wirklich betrifft; vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 286 nr. 4.

3) Vgl. auch fr. 3 § 8 de neg. gest.: auch der vom Prätor zu meinen Diensten beorderte Executor führt meine Geschäfte. Vgl. Wlassak S. 100 f. Ebenso hat der curator die actio neg. gest., vgl. fr. 4 § 3, fr. 13 de tut. et rat. distr., fr. 7 § 2 de cur. fur., c. 7 arb. tut., c. 1 quod cum eo (4, 26), c. 17 de neg. gest.; vgl. auch Rudorff, Vormundschaft III S. 6 f., Wlassak S. 85 f., Lenel, Edict. perp. S. 255 f.

4) Ueber diese Stelle vgl. mein Autorrecht S. 344 f. (diese Jahrb. XVIII S. 473 f.).

zu sein (sofern nämlich nicht die actio protutelae gegeben ist), fr. 1 § 6 de eo qui pro tut., vergl. auch fr. 13 de tut. et rat. distr.

Daher schließt naturgemäß auch die Mandatspflicht die neg. gestio nicht aus [1]): auch wer auf Geheiß des Mandanten und kraft der übernommenen Verpflichtung handelt, der leistet Hülfe, der befriedigt ein Interesse. Daher könnte in thesi sogar bezüglich desselben Geschäftes und gegenüber demselben Mandanten ein Mandats- und ein Negotiorumgestionsverhältniß bestehen — ist doch die Ausführung des Mandates nichts als ein, wenn auch vertragsmäßig festgesetztes, Handeln im Interesse des Mandanten. Allerdings wird nun, solange hier keine Zweiung eintritt, die actio neg. gest. durch die actio mandati consumirt [2]); sie geht in ihr auf — aber nur deßhalb, weil überhaupt ein Rechtsverhältniß, welches die Sachlage nur nach einer bestimmten Seite umfaßt, von einem anderen Rechtsverhältnisse absorbirt wird, welches die Sachlage nach allen Seiten umschließt [3]) — ganz ähnlich wie eine Delictsform, welche nur eine Seite der That repräsentirt, durch eine andere Delictsform verdrängt wird, welche die Sachlage juristisch vollkommen erschöpft [4]) Dies weiß schon Labeo:

1) Vgl. zum Folgenden auch Chambon, Negot. Gestio S. 115 f.

2) Vgl. fr. 6 § 1 mand.: si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur; nec enim ideo est obligatus quod negotia gessit, verum idcirco quod mandatum susceperit (die Begründung ist nicht ganz zutreffend; es läßt sich nur sagen, daß die Gestio nicht der einzige und nicht der principale Grund der Haftung ist).

3) Vgl. hierüber meine Pfandrechtl. Forschungen S. 216. Aus demselben Grunde tritt die actio emti, nicht die actio neg. gest. directa ein, wenn der Verkäufer vor der Uebergabe ex operis servorum vel vecturis jumentorum vel navium etwas erworben hat (fr. 13 § 13 de act. emt. vend.); ebenso umgekehrt die actio venditi wegen der Impensen (fr. 13 § 22 eod.). Vgl. auch Mommsen, Mora S. 297.

4) Vgl. auch Binding, Handb. d. Strafrechts I S. 333 f.

si quis mandatu heredis funeravit, non posse eum funeraria agere Labeo scribit, quia habet mandati actionem, fr. 14 § 15 de relig. [1]).

Es kann nun aber eine Zweiung eintreten: wenn nämlich das Interesse, auf welches die Hülfeleistung abzielt, in der Wahrheit nicht ein Interesse des Mandanten, sondern eines Dritten ist, wenn nämlich das Interesse nur vermeintlich für den Mandanten, in der That aber für einen Dritten befriedigt wird. Wie bereits oben bemerkt, findet die actio neg. gest. gegen den Träger des Interesses statt, ohne Rücksicht auf den Irrthum in der Person desselben, also auch dann, wenn man eine ganz andere Person, als den wahren Dominus im Auge hat. Wenn daher der Gestor das Mandat des A erfüllt und dabei für das Interesse des A wirken will, während in der That der B der Träger des Interesses ist, so findet hier naturgemäß neben dem Mandats- ein Negotiorumgestionsverhältniß statt: hier aber wird das letztere Verhältniß durch das erstere nicht absorbirt, es kann nicht absorbirt werden, weil das Mandatsverhältniß gegenüber dem A, das Gestionsverhältniß gegenüber dem B obwaltet, weil mithin keines der beiden Verhältnisse das andere zu decken vermag. So wenigstens, was die actio contraria betrifft: was die actio directa betrifft, so geht allerdings im Widerstreit zwischen der actio mandati des Einen und der actio neg. gest. des Anderen gewöhnlich die erstere vor, und zwar deßhalb, weil die Geschäftsführung mit Rücksicht auf das Mandat und da-

1) Darauf beruht auch die Entscheidung Labeo's in fr. 14 § 12 de relig., überhaupt die ganze Subsidiarität der actio funeraria, welche durchaus nicht in einer Eigenart dieser bestimmten Klagspecies begründet ist. Ganz verkehrt in dieser Beziehung Schneider, subsid. Klagen S. 503 f., welcher meint, der Grund der Subsidiarität liege in dem außerordentlichen Leichenkostenaufwand begründet und in der Gefahr, daß durch die Kostenersatzforderung der Nachlaß überschuldet worden wäre.

her nach den Vorschriften und den besonderen Bestimmungen des Mandats übernommen worden ist. Hiervon ist S. 215 f. weiter zu handeln. Ohne Zweifel aber ist es, daß sowohl eine actio mandati contraria gegen den A, als auch eine actio neg. gest. contraria gegen den B zuzulassen ist. Man vergleiche den Fall des Modestinus in fr. 25 de neg. gest.[1]); man vergl. auch schon Labeo, ja Ofilius und Trebaz, fr. 22 § 10 mand.[2]). Dies zeigt uns der erstbeliebige Fall: A läßt den Glaser holen, um ein Gewächshaus zu repariren, das er für das seinige hält, während es dem B gehört: der Glaser hat die actio (zwar nicht ex mandato, aber ex locato-conducto) gegen den A und die actio neg. gest. gegen den B. Ein analoger Fall ist denn auch ausdrücklich behandelt in — Purgoldt's Rechtsbuch II 41[3]) (Ortloff Sammlung deutscher Rechtsquellen II S. 66): Wer aber den zymmerluten, den deckern, den erbeytinden luten und den andern wergluten er lon unbezalit, das muste der bezalin, der das hues uf seiner hofstadt beheildet; anders darf her keynerley me geilden, dan unbezalet lon von der erbeyt, die darzu gescheen ist. Der malae fidei possessor soll keinen Kostenersatz haben, aber der Eigenthümer kann in Anspruch genommen werden, soweit der Lohn noch unbezahlt ist — actione negotiorum gestorum! Vergl. über

1) Vgl. zu dieser Stelle Zimmermann, ächte und unächte neg. gest. S. 39. f., wo auch die Pointe der Entscheidung des Modestin richtig hervorgehoben wird: die Theilung der Verwaltung durch die actores enthielt höchstens eine Verletzung des Mandats-, aber keine Verletzung des Gestionsverhältnisses; nur das letztere war aber in Frage.

2) Wenn Paullus beifügt: atquin si praesentium mandatum executus id egit, negotiorum gestorum actio absentibus non est nisi forte adversus eos qui mandaverunt curatori — so ist damit der obige Satz ausgesprochen, daß die actio mandati prävalirt.

3) Vgl. dazu auch Stobbe, Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts S. 80.

einen ähnlichen Fall auch die Entscheidung des Badischen Oberhofgerichts, Seuffert Arch. VIII 258, wo ausgeführt ist: es „gestattet schon das römische Recht in einem solchen Falle, und zwar ungeachtet des Irrthums über die Person des Eigenthümers, beziehungsweise Geschäftsherrn, neben der Vertragsklage gegen den Besteller die Geschäftsführungsklage gegen den wirklichen Eigenthümer, sofern die übrigen Voraussetzungen einer nützlichen Geschäftsführung vorhanden sind.“

Die Wichtigkeit des gedachten Satzes erweist sich insbesondere auch in dem Falle, wenn das Mandat aus irgend einem Grunde nichtig oder wirkungslos ist; oder wenn gar der Hülfebringer in der irrigen Meinung eines Auftrages handelt [1]): auch hier kann das oben angeführte Absorptionsverhältniß nicht eintreten: da das Mandatsverhältniß cessirt, so bleibt das Gestionsverhältniß in voller Kraft. So also, wenn ich das Geschäft des A führe in der Meinung, von ihm beauftragt zu sein: nascitur negotiorum gestorum actio cessante mandati actione .... si pro te fidejussero, dum puto mihi a te mandatum esse, fr. 5 pr. de neg. gest. So auch, wenn ich in der Meinung, von A beauftragt zu sein, das Geschäft führe, welches ich für das des A halte, welches aber in der That das Geschäft des B ist. Hier findet ein Mandatsverhältniß zu A nicht statt — um so ungehinderter kann sich das Gestionsverhältniß zu B entwickeln. Nehmen wir das vorige Beispiel des Glasers und setzen wir den Fall: der Glaser wurde gar nicht von A beauftragt, sondern er glaubte nur (etwa auf das Gerede eines Lehrburschen hin), einen solchen Auftrag zu haben: hier fällt natürlich die

1) Vgl. auch Dalloz, Répert. v. Obligations nr. 5407 und die daselbst citirten. Das Sächsische Gesetzbuch § 1339 sagt: „Es macht keinen Unterschied, ob der Geschäftsführer weiß, daß er nicht beauftragt ist, oder ob er irrig glaubt, daß er Auftrag habe“.

actio ex locato conducto weg, um so mehr findet die actio neg. gest. gegen den B ihre Stelle.

Seither sind wir von der Voraussetzung ausgegangen, daß es sich um ein und dasselbe objective Interesse handelt, auf welches Mandat und Gestion hinzielen. Da nun aber möglicherweise dieselbe Thätigkeit in das eine und andere objective Interesse einschlägt, so ist der Fall nicht ausgeschlossen, daß der Auftragsvertrag das Interesse x, die Gestion aber das Interesse y betrifft, daß also nicht etwa bloß die Personen, welche das Interesse tragen, verschieden sind, sondern daß zwei ganz verschiedene objective Interessen als die Zielpunkte von Mandat und negotiorum gestio vorliegen. Schon vorhin (S. 74) wurde die Möglichkeit angedeutet, daß die Intention des Gestor auf beide von einander verschiedene objective Interessen gerichtet ist, so daß in derselben Thätigkeit eigentlich zwei Gestionen enthalten sind — gerade wie in der Sphäre des Criminalrechts bei der Ideal-Concurrenz. So ist es nun auch sehr wohl möglich, daß der Gestor sowohl das Mandat ausführen d. h. das Interesse des Mandanten befriedigen, als auch das davon verschiedene objective dritte Interesse erfüllen will; es ist dies ebensogut möglich, als es möglich ist, in einer und derselben Thätigkeit zwei Mandate zu vollziehen, fr. 21 mand.: si duo mihi mandassent, ut tibi crederem, utrumque haberem obligatum; fr. 53 mand.: utrosque obligatos habet jure mandati. Beispiele eines solchen idealen Zusammenwirkens, eines solchen intentionellen Zusammenhanges einer doppelwirkenden Thätigkeit — eines Zusammenhanges, kraft dessen die Doppelwirkung der Thätigkeit keine zufällige naturale, sondern eine beabsichtigte geistige ist, — solche Beispiele bietet das Leben in Fülle [1]). Ich bemerke dabei für das Folgende,

1) Vgl. auch Spruchkollegium Rostock 26./10. 1840 Seuffert Arch. XIX 41.

daß ich das Wort Auftrag oder Mandat im weiteren Sinne nehme, so daß dasselbe den Arbeitsvertrag überhaupt umfaßt.

Ein Hotelier ruft den Arzt, um den ohnmächtigen Reisenden X zu pflegen: der Arzt entspricht dem Ruf und behandelt den Reisenden, er behandelt ihn im Interesse des Hoteliers, er behandelt ihn im Interesse des Reisenden selbst [1]). A hat das verirrte Kind des B. aufgenommen; er hört, daß X zufällig in den Heimathsort des Kindes geht, und giebt ihm das Kind mit: X handelt im Auftrag des A, er handelt im Interesse des Kindes bezw. des B. selbst. Im Hause meines zur Zeit in Nizza weilenden Nachbarn ist eine Fensterscheibe zerbrochen, der eindringende Schnee droht Rouleaux und Parket zu verwüsten; ich sende nach dem mir wohlbekannten Haushandwerker des Nachbarn, welcher das Haus, sogut es von außen möglich ist, gegen die Unbilden des Wetters schützt. Mein Pathenkind hat sich verirrt; ich biete alles auf — Bekannte und Verwandte seines abwesenden Vaters, ein ganzes Dorf rege ich zu seiner Ermittelung auf; man findet das Kind ohnmächtig in einem Abgrunde. Der Architect stellt Arbeiter

1) Ein früher sehr praktischer Fall war der der militärischen Stellvertretung, des remplacement militaire. Hat der Stellvertreter, welcher seine Remplacirungssumme noch nicht erhalten hat, bloß die Vertragsaction gegen die Eltern, welche den Vertrag abgeschlossen haben, oder auch eine actio neg. gest. gegen den Remplacirten? Die Frage ist zu bejahen, sofern der Remplacirungsvertrag sich als eine (den Verhältnissen entsprechende) gestio utilis darstellt; vgl. die Entsch. des Appelh. Paris 7./2. 1814 und des Appelh. Amiens 11./7. 1840 bei Dalloz, Rép. v. Obligat. nr. 5460. Eine andere Frage war die, ob der Remplacirungsvertrag und die entsprechende Zahlung durch die Eltern eine negot. gestio der Eltern gegenüber dem Sohne (oder doch eine conferirbare Schenkung) enthalte. Bejaht wurde dies vom OAG. Celle 28./5. 1838 Seuffert Arch. XII 29; verneint v. Oberhofgericht Mannheim 23./10. 1829 und OAG. München 11./11. 1845 Seuffert I 357. Es kam auf die Umstände an: die Remplacirung geschah oft im Interesse der Eltern selbst, welche die Arbeit des Sohnes im Geschäft nicht entbehren wollten. Vgl. auch OAG. Kassel 23./12. 1843, Seuffert Arch. III 313.

an; dieselben arbeiten: sie arbeiten im Lohne des Architecten, aber zugleich im Interesse des Bauherrn. Der letztere Fall bedarf noch seiner besonderen Entwickelung. Hat der Architekt den Bau auf seine Kosten übernommen, so hat er zugleich das Interesse des Dominus auf sich genommen: das Interesse des Dominus an der Herstellung des Baues steht nicht mehr auf Kosten und Risico des Dominus, sondern auf Kosten und Risico des Accordanten. Daher ist die actio neg. gest. gegen den Dominus ausgeschlossen; sie ist wenigstens ausgeschlossen, sofern der Dominus den Accordanten vollständig befriedigt hat. Sofern er ihn noch nicht befriedigt hat, bleibt ein Interesse des Dominus in Bezug auf die Restsumme übrig: bezüglich der Restsumme ist er an der Bauarbeit betheiligt, er ist betheiligt, sofern der Bau die betreffende Summe aus seinem Vermögen erfordert: bis zu diesem Betrag ist die actio negot. gestorum statthaft; soweit er den Arbeitern diesen Betrag bezahlt, befreit er sich zugleich gegenüber dem Accordanten. Dieses hat die Wirkung, daß die Arbeiter durch Erhebung der actio neg. gest. den Dominus verhindern, an den Accordanten zu bezahlen: sie hindern ihn, indem sie ihn bis zu diesem Betrag für sich haftbar machen, so daß ihn eine spätere Zahlung an den Accordanten von dieser Haftung nicht zu lösen vermag; daher wirkt die actio neg. gest. gleich einem Arrest, sie wirkt so, ohne selbst Arrest zu sein; sie wirkt auch gleich einem Privilegium, ohne selbst ein Privilegium zu enthalten: denn der Dominus hat jetzt an die Arbeiter zu bezahlen, auch wenn die Accordsumme etwa von den Gläubigern des Accordanten mit Beschlag belegt wäre, auch wenn der Accordant in Concurs fiele: ein höchst gerechtes Resultat; denn wäre es als zuläßig zu betrachten, wenn die Handwerker, deren Arbeitsresultat zugleich in der Accordsumme mitbezahlt wird, von anderen Gläubigern des Accordanten weggedrängt wür-

den? Wäre es als zulässig zu betrachten, wenn andere Gläubiger an der Summe theilnähmen, welche kraft der Arbeit dieser Handwerker verdient worden ist?

In vortrefflicher Weise hat denn auch das französische Civilgesetzbuch diesen Sätzen entsprochen, indem es in a. 1798 bestimmt hat [1]: Les maçons, charpentiers et autres ouvriers, qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre celui, pour lequel les ouvrages ont été faits, que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée. Und treffend erklärt Troplong, Louage III Nr. 1049: quel est le principe de cette action? Ne seraitce pas que les ouvriers ont fait l'affaire du propriétaire, qu'ils ont amélioré sa chose, qu'ils l'ont rendu locupletior et que dès lors une action directe provenant du quasicontrat negotiorum gestorum doit se superposer à l'action ordinaire qu'ils ont contre l'entrepreneur en vertu du contrat?

In den hier gedachten Fällen concurrirt also Mandat (bezw. Arbeitsvertrag) und negot. gestio; die Intention des Handelnden ergreift die beiderseitigen objectiv verschiedenen Interessen: ich beauftrage Jemanden zum Vollzug einer Thätigkeit, welche mein Interesse betrifft — wie in dem Falle des Hoteliers: diese Thätigkeit umfaßt zugleich ein davon wesentlich verschiedenes Interesse eines Dritten, das Interesse des erkrankten Reisenden; der Arzt führt daher meum (des Hoteliers) negotium, quod mihi tecum (mit dem Reisenden)

1) Da hier von keiner Arrestanlage und von keinem Forderungsprivileg die Rede ist, so wird der Artikel durch die Reichsjustizgesetze nicht berührt. Vgl. auch Scherer, das Rheinische Recht und die Reichsgesetzgebung, Gesetzesregister ad Art. 1798.

est commune; die Entscheidung Labeo's in diesem Falle geht sehr richtig dahin: si et tuum gessit sciens, negotiorum gestorum eum tibi teneri; so fr. 5 § 6 de neg. gest. Besonders eifrig scheint sich Marcell dieses Falles angenommen zu haben, und gerade die Bürgschaft wird hier sehr lehrreiche Fälle liefern, vgl. fr. 3 § 11 de neg. gest. — wie, wenn Jemand den Bürgen beauftragt, welcher in der Bürgschaft zugleich für den Hauptschuldner sorgen will? Und besonders interessant war der Fall, wenn der Mandant der eigene Sclave des Zweitinteressenten ist; hier hat der Gestor gegen den dominus die actio neg. gest., soweit er sein Geschäft geführt; insofern und insoweit er aber den Auftrag des Sclaven erfüllt, hat er gegen den dominus die actio mandati — natürlich de peculio und de in rem verso; fr. 41 de neg. gest. Ganz besonders gelegen kam den Römern die actio neg. gest., wenn der Vormund mit einem Dritten Geschäfte abgeschlossen hatte. Gegen den Vormund hatte der Gestor den Vertragsanspruch; aber man wollte so viel als möglich den Tutor entlasten und die Verpflichtungen direct auf den Mündel fallen lassen — da kam die Kategorie der neg. gestio wie gerufen; vgl. c. 4 de neg. gest.

Diese actio neg. gest. gilt natürlich dann in gesteigertem Maße, wenn der Gestor geradezu das Mandatsverhältniß ablehnt, um sich lediglich dem Interesse des Dritten zu widmen; z. B. der Arzt erklärt dem Hotelier, daß er mit ihm nichts zu thun haben will, aber den fremden Patienten verpflegen werde; der Lieferant erklärt dem Architecten, welcher die Baumaterialien bestellt hat, daß er nicht auf seine Bestellung, sondern im Interesse des Bauherrn die Materialien abliefere; der Darlehensgeber erklärt, die Gelder nur im Interesse des dominus, zu dessen Zwecken das Darlehn aufgenommen wird, geben zu wollen: der Contrahent will hier in der That nicht

contrahiren, sondern er will geriren, er will geriren im Interesse des Dominus. Auf einen solchen Fall verweist c. 13 si certum petatur: Eum qui mutuam sumpsit pecuniam, licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum eam fenori dante, principaliter obligatum obnoxium remanere oportet[1]); und von einem solchen Falle spricht ausdrücklich das berühmte fr. 5. § 3 de neg. gest. — hier gibt A dem Procurator Geld darlehensweise, aber er gibt es ihm nicht als Darlehen des Procurators, sondern als Darlehen des Dominus, d. h. er gibt es ihm so, daß die Rückzahlung nicht vom Procurator, sondern vom Dominus erfolgen soll[2]). Hier will A kein Darlehen mit dem Procurator, sondern er will ein Geschäft mit Darlehenserfolg für den Dominus[3]); daher keine condictio ex mutuo gegen den Procurator, gegen den Dominus aber die actio neg. gest. Diese freie Behandlung der Sache wurde erst möglich, seitdem Papinian das Gestionsrecht des dritten Con-

1) Vgl. über diese Stelle Ruhstrat, Neg. gestio des dritten Contrahenten (aus dem Magazin f. d. d. R. der Gegenwart III 1) S. 20 f. und die dort cit. Vgl. dort auch S. 22 f. über die c. 7 § 1 quod cum eo, welche Stelle uns später noch beschäftigen wird.

2) Vgl. auch Cujac. ad l. II Respons. Papin. (Ed. Mutin. IV p. 805 f. 807); Zimmermann, stellvertretende Negot. Gestio S. 318 f.), Huschke, Lehre des röm. Rechts vom Darlehen S. 55 f. Vgl. auch schon aus der Glossatorenzeit den Codex Chisianus § 101, Haenel, Dissensiones Dominorum p. 197 f.

3) Im Gegensatz dazu steht der Fall, wenn man dem Procurator ein Darlehen geben will mit Hinblick auf die Interessen des Dominus; hier ist der Darlehensanspruch gegen den Procurator und die actio neg. gest. (bezw. quasi institoria) gegen den Dominus gegeben. Von diesem Falle spricht fr. 30 pr. de neg. gest. Vgl. auch Zimmermann a. a. O. S. 317 f. Im Gegensatz steht ferner der Fall, wenn man Jemandem ein Darlehen geben will ex mandato tertii; hier geht die Darlehensklage gegen den Darlehensnehmer und der Mandator ist bloßer Bürge; von diesem Falle spricht c. 7 mand. und verschiedene andere Stellen.

trahenten entwickelt hatte [1]), wie denn auch die Stelle von Ulpian, nicht von Julian herrührt [2]).

Hat doch auch Papinian einen ähnlichen Fall behandelt in fr. 5 § 1 quando ex facto tutoris. Der Pupill ist von Erbschaftshalber mit einem Judicat belastet. Der Tutor nimmt ein Darlehen auf und bezahlt das Judicat: der Tutor haftet natürlich aus dem Darlehen und kann die Haftung auch nicht nach Ablauf der Tutel ablehnen — es müßte denn sein, daß der creditor ideo contraxit, ut in causam judicati pecunia transiret d. h. daß der Creditor das Geld gab, auf daß es das gleiche Schuldverhältniß erzeugte, wie solches bei dem Judicat bestand, auf daß also lediglich der Pupill obligirt würde. Die Obligation des Pupillen in diesem Falle wäre eine Obligation kraft negotiorum gestio.

§ 7.

Eine solche Gestion zu Gunsten des Drittinteresses, also zu Gunsten eines von dem Mandatsinteresse verschiedenen Interesses, liegt aber nur dann vor, wenn die Intention des „Thäters" auf dieses Drittinteresse mit gerichtet ist; wenn nicht, so entbehrt er der negot. gestorum actio und ist auf die actio mandati oder sonstige Contractsaction verwiesen. Dies gilt insbesondere von demjenigen, welcher mit einem Commissionär contrahirt. Wer sich mit einem Commissionshause

1) Vgl. darüber unten S. 126 f.

2) Auch die Stipulation des Procurators — man muß hier an das übliche Stipulationsformular beim Darlehen denken, wird vereitelt durch exceptio doli, sofern die Geltendmachung der Stipulation der materiellen Sachlage widersprechen würde; ähnlich wie in fr. 1 § 2 de stip. serv. Jedenfalls wird durch diese Stipulation die actio neg. gest. nicht aufgehoben; vgl. fr. 20 § 1 de in rem verso: si .... quo magis actus servorum confirmaretur, tutor spopondit, posse nihilominus dici de in rem verso cum pupillo actionem fore.

einläßt, folgt dem Credit dieses Commissionshauses[1]); das Commissionshaus ist es, welches den neuen Artikel im Lande einführt, oder die Landesproducte für vielleicht ganz unbekannte Märkte aufkauft. Nicht der Credit des Mandanten, sondern der eigene Credit ist es, welcher im Commissionsverkehr zu Tage tritt; und die Möglichkeit, als Selbstcontrahent einzutreten, gibt dem Commissionär noch mehr die Stellung eines eigeninteressirten Zwischenhändlers.

Ebenso aber auch in anderen Fällen. Wenn Jemand eine Schuld bezahlt im Auftrage seines Geschäftsfreundes, welche Schuld einen alten Landsmann des Auftraggebers betrifft — oder wenn Jemand für eine solche ihm ganz unbekannte Persönlichkeit im Auftrage seines Geschäftsfreundes sich verbürgt: hier kümmert sich der „Thäter" um den Dritten gar nicht weiter, er weiß vielleicht gar nicht, welch' wichtige Interessen des Dritten dabei auf dem Spiele stehen — er zahlt oder bürgt mandatum secutus. Das sind Fälle, wie sie Papinian in fr. 53 mand. schildert[2]); er schildert sie, denn bei Papinian ist jedes Wort bedeutsam: si pro invito vel ignorante alterutrius mandatum secutus fidejussit, eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi: Der Bürge will den Mandanten befriedigen, während ihn der Hauptschuldner nichts angeht: der Mandatar des reichen Crassus verbürgt sich für einen Bettler, er verbürgt sich für seinen Feind, — er ver-

---

1) Daher auch nicht die actio quasi institoria gegen den Committenten; ein solches Herbeiziehen des Committenten wäre dem Charakter des Commissionsgeschäftes zuwider. Mit Recht daher a. 360 des deutschen Handelsgesetzbuchs. Vgl. dazu besonders Grünhut, Recht des Commissionshandels S. 325 f.

2) Aus dem 9. Buche der Quästionen. Vgl. auch das bereits oben S. 72 f. besprochene fr. 8 de usufr. ear. rer. (gleichfalls von Papinian).

bürgt sich, weil ihm die Geldsäcke und die Mahlzeiten des Crassus imponiren [1]).

Diese Bürgschaft ist also keine negot. gestio zu Gunsten des Hauptschuldners; ob aber nichts destoweniger nach heutigem Rechte aus der Zahlung des Bürgen ein Regreßanspruch hervorgeht, ist eine andere Frage, welche unten (S. 118 f.) zu besprechen ist [2]).

Solche Fälle, wo die Handlung lediglich im Interesse des Mandanten erfolgt, liegen natürlich insbesondere dann vor, wenn der Mandatar das Drittinteresse gar nicht kennt, oder wenn es mit seinen Plänen ganz im Widerspruch steht. Man denke sich den Fall, daß der herbeigerufene Arzt den Patienten für den Sohn des Hoteliers hält: hier geht seine Thätigkeit in dem Interesse des Hoteliers auf; oder daß der Glaser im Auftrag des Dienstboten eine Scheibe reparirt, damit die Herrschaft von dem Malheur desselben nichts erfährt; oder daß der bestellte Taucher mit der gesuchten Sache zufällig noch eine zweite verlorene Sache ans Tageslicht bringt, eine Sache, an deren Rettung der Taucher gar keine besondere Freude hat, eine Sache, die vielleicht an ihm zur Verrätherin wird u. s. w. In allen diesen Fällen geht die Gestion nur auf dasjenige Interesse, auf welches das Mandat geht — die Wirkung bezüglich des Drittinteresses ist dem Gestor gegenüber

1) Verkannt wird die Stelle von Cujac. in lib. IX Quaest. Papin. (Ed. Mutin. IV p. 189) und von Thibaut, Civ. Abhandl. S. 472 f., welche annehmen, daß mit den Worten: eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi, nur die act. mandati gegen den Hauptschuldner, nicht auch die act. neg. gest. abgesprochen wäre — eine Annahme, welche schon durch die folgenden Worte der Stelle widerlegt wird, und welche nur aufgestellt wurde, um den vermeintlichen Widerspruch mit anderen Stellen zu heben. Uebrigens ist allerdings Cujac. hier insofern im Recht, als er die act. neg. gest. nur eventuell geben will, wenn die actio gegen den Mandanten cessirt.

2) Vgl. auch schon oben S. 72 f. zu fr. 8 de usufr. ear. rer.

ein reiner Zufall, sie ist eine bloße Superfötation, ein Superplus, herbeigeführt durch die Constellation der Verhältnisse.

Hier nun aber kann die bereits oben angedeutete Complication hervortreten, und jetzt ist es Zeit, sie zu lösen. Nehmen wir an: das Interesse, für welches der Gestor allein arbeiten will, ist gar kein wirkliches, sondern ein bloß vermeintliches; das Mandat, auf Grund dessen er handelt, ist ein bloß putatives, oder das Mandat besteht, aber es wird nicht ausgeführt: an Stelle der Mandatsthätigkeit vollzieht der Arbeiter auf Grund irgend welchen Mißverständnisses, irgend einer Abirrung eine andere. Man denke sich nur den Fall, daß der Glaser bezüglich der „Dienstbotenscheibe" sich geirrt und eine andere Scheibe reparirt hat, welche von dem Hausherrn selbst zertrümmert worden ist; oder daß der Taucher statt der gesuchten Sache aus Versehen eine andere zum Vorschein bringt; oder daß der Ingenieur die bestellten Dammbauten an einem ganz andern Ort anbringt, durch welchen glücklichen Zufall bei der nächsten Hochfluth ein ganz anderes Grundstück gerettet wird; oder daß der Arzt auf Grund eines vermeintlichen Auftrages handelt, eines Auftrags des vermeintlichen Hausherrn, während es sich um ein ganz fremdes Kind handelt. Hier gilt nun, was oben (S. 75) betont wurde: hier muß die Rechtsordnung nothgedrungen auf die Coincidenz zwischen Intention und Ausführung verzichten; in diesem Fall ist die actio neg. gest., und zwar die volle actio neg. gest. gegen denjenigen begründet, dessen Interesse in Wahrheit gefördert worden ist; eher wird die Coincidenz zwischen That und Wille bei Seite gesetzt, als daß der Gestor ohne ausreichende Hülfe bliebe. Dies ergibt sich insbesondere aus den Grundsätzen der actio funeraria. Wer im Auftrag eines Dritten die Beerdigung vollzogen hat, der hat keine actio funeraria gegen den Erben [1]);

1) Man kann nicht etwa sagen, daß hier ein und dasselbe Beerdigungs-

wie aber, wenn das Mandat kraftlos ist? Wie, wenn pupillus mandavit sine tutore auctore? — utilem funerariam dandam adversus heredem ei qui impendit; lucrari enim heredem iniquum est [1]). Noch drastischer ergibt sich dies aus der geradezu klassischen Papinianus Entscheidung (lib. 9 quaest.) in fr. 6 und 7 ad SC. Vellej. [2]). Für den defensor des abwesenden Sohnes sind fidejussores aufgetreten; sie sind aufgetreten, nicht im Interesse des defensor, auch nicht des filius, sondern mandato matris. Nach bekannten Grundsätzen wird das Mandat durch die except. SC. Vellej. gekreuzt; nun haben allerdings auch die Bürgen diese exceptio: sie haben sie aber nicht, wenn der Gläubiger von dem Mandate der Mutter nichts wußte, mindestens wird hier dieselbe durch eine replica doli entkräftet [3]). Hier nun sind die Bürgen in einer schwierigen Lage: dem Gläubiger gegenüber haften sie und gegen die Mutter haben sie keinen wirksamen Regreß: die Mutter hält ihnen die exceptio SC. Vell. entgegen, und dieser können sie nicht ausweichen, denn sie wußten, daß es ein Weib war, welches sie mit der Bürgschaft beauftragte, sie kannten den Mangel, welcher eintritt, sobald das genus femininum in

interesse vorliege und lediglich die Person des Beerdigungspflichtigen verschieden sei, daß hier also eine bloße subjective Personen-, keine objective Interessendiscrepanz vorliege: das Beerdigungsinteresse des natürlichen Sohnes, welcher nichts von der Erbschaft erhält, aber seinen Vater über alles liebt, ist ein objectiv anderes, als das Interesse des fremden Erben; von einer concurrirenden actio funeraria könnte daher nur die Rede sein, wenn der Gestor das Sachverhältniß gekannt und zugleich für den Erben hätte handeln wollen.

1) Aus dieser Motivirung (fr. 14 § 15 de relig.) darf nicht geschlossen werden, daß diese actio auf das Bereicherungsinteresse beschränkt sei.

2) Vgl. dazu Cujac. in lib. IX Quaest. Papin. (Ed. Mutin. IV p. 187 f.).

3) Vgl. fr. 32 § 3 ad SC. Vellej.: si vero is (sc. creditor) ignorasset, ego autem scissem, tunc mandati me agentem cum muliere excludendum esse, me autem creditori teneri.

die Bürgschaft hineinspielt. Sie wären daher rettungslos verloren: sie müßten zahlen ohne Wiedererstattung [1]). Sollte ihnen nicht trotzdem durch actio negot. gestorum gegen den defensor geholfen werden? Unsere Frage steht hier auf der Schneide; denn certo certius haben sie nicht die Interessen des defensor, sondern nur das Interesse der Mutter verfolgt, sie haben nur mit Rücksicht auf das Mandat der Mutter gehandelt: contemplatione mandati matris, das Schicksal des defensor kümmerte sie nicht; darum würde ihnen ja auch die exceptio SC. ex persona matris zu Gute kommen [2]), wenn dieselbe nicht ausnahmsweise, im individuellen Falle, durch replica doli entkräftet wäre. Hier ist also völlig der Fall gegeben, an dem sich unser Satz erproben muß: die Thätigkeit ist nach der einen Seite hin erfolgt, hier mißglückt sie; sie wirkt aber nach einer anderen Seite hin, nach welcher sie nicht beabsichtigt war. Und Papinian entscheidet: non erit iniquum dari negotiorum gestorum actionem in defensorem, quia mandati causa per senatus consultum constituitur irrita et pecunia fidejussoris liberatur.

Der Satz Ulpians: si, cum putavi a te mihi mandatum, negotia gessi, et hic nascitur negotiorum gestorum actio cessante mandati actione (fr. 5 pr. de neg. gest.) ist daher im weitesten Sinne aufzufassen; er gilt auch von dem Falle, wo ich auf Grund eines vermeintlichen Mandates ein ganz anderes Geschäft führe, als dasjenige, welches ich mir aufgetragen wähne; wo ich glaube, daß der Auftrag

---

1) Vgl. das cit. fr. 32 § 3 ad S.C. Vellej.

2) Vgl. fr. 30 § 1 ad SC. Vellej.: Procurator si mandatu mulieris pro alio intercesserit, exceptione SC. Vellejani adjuvatur, ne alias actio intercidat; fr. 32 § 3 eod. Vgl. auch noch fr. 8 § 4 und 6 eod., c. 15 eod.

auf das Interesse x gerichtet ist, während meine Ausführung das Interesse y befriedigt. Der Glaser, welcher im vermeintlichen Auftrage des A eine Scheibe reparirt, hat nicht nur eine actio negot. gest., wenn er die Scheibe am Gewächshaus des B reparirt, welches er für das Gewächshaus des A hielt und auf welches der vermeintliche Auftrag ging; er hat eine solche auch, wenn er die Scheibe am Wintergarten des A repariren will und in Folge unrichtiger Information die Scheibe am Landhause des B reparirt.

Nunmehr können wir von dem Auftragsverhältnisse ganz abstrahiren. Was gilt, wenn ich ein Auftragsverhältniß bloß vermeine, und was gilt, wenn ich aus Mißverständniß etwas Anderes ausführe, als mir aufgegeben wurde, das muß auch gelten, wenn von einem Auftrage gar keine Rede ist. Irre ich bei der negot. gestio — nicht bloß bezüglich der Person, sondern bezüglich des objectiven Interesses, so ist eine negot. gestio eigentlich ausgeschlossen; es wird mir aber im Nothfalle eine actio neg. gest. gegeben, sie wird mir gegeben nach den eben entwickelten Grundsätzen. Das Princip der Correlation von Wille und That bei der negot. gestio läßt sich daher in folgende einfache Sätze zusammendrängen:

Intention und Ausführung müssen in der Regel zusammentreffen in Bezug auf das objective Interesse, welches die Thätigkeit befriedigen soll; dagegen ist der Irrthum über die Person des Trägers des Interesses ohne Erheblichkeit: sobald die Thätigkeit auf dieses Interesse hinsteuert, tritt das Gestionsverhältniß ein gegenüber dem wirklichen Interesseträger. Diese Grundsätze gelten auch im Fall eines Mandates, indem das Mandat die Negot. Gestio nur insofern absorbirt, als die letztere in ihm vollkommen aufgeht. Uebrigens ist es möglich, daß die Thätigkeit auf die Befriedigung mehrerer objectiv ver-

schiedener Interessen abzielt und so nach verschiedenen Seiten hin rechtlich bindend wirkt.

Treffen aber Intention und Ausführung in Bezug auf das objective Interesse nicht zusammen, so liegt in thesi ein Gestionsverhältniß mit dem Träger dieses Interesses nicht vor; es wird nur ausnahmsweise eine actio negot. gestorum gegeben, wenn die Verhältnisse so liegen, daß dem Gestor sonst weder aus dem Mandat noch aus der Negot. Gestio ein Regreß zustehen würde.

Der Kern des Princips liegt in der Betonung des Unterschieds zweier Dinge, welche gewöhnlich nicht gehörig geschieden werden: des Unterschiedes zwischen dem Falle, wo zwei verschiedene objective Interessen vorliegen, und dem Falle, wo es sich um ein und dasselbe objective Interesse handelt und nur über den Träger dieses Interesses Differenzen bestehen. Es ist ein Unterschied, wie er auch im Strafrecht wiederkehrt. Auch im Strafrecht ist es maßgebend, auf welches Interesse der verletzende Wille gerichtet ist; dagegen ist es meist unerheblich, welche Person die Trägerin dieses Interesses ist, da die eine Person den Schutz des Rechts ebenso genießt, wie die andere, mithin die Persönlichkeit, auf deren Interesse der Thäter abzielt, für den Thatbestand des Delicts meist bedeutungslos ist.

§ 8.

Die Negot. Gestio setzt eine Menschenhülfe voraus; sie ist daher nur dann gegeben, wenn Jemand für einen Anderen thätig gewesen ist[1]); es kommt dabei nicht in Anschlag, für wen Jemand thätig war; aber es kommt in Anschlag, daß er für einen Dritten thätig war. Wer in seinem eigenen Interesse gehandelt hat, der hat lediglich dem gewöhnlichen mensch-

1) Man vergleiche zum Folgenden auch Kämmerer in Lindes Zeitschrift VIII S. 136 f., 341 f.

lichen Egoismus gefröhnt; diesen über sein eigenes Maß zu erheben, hat die Rechtsordnung keine Veranlassung: der menschliche Egoismus hat seinen Lohn, er hat seine Correctur in sich selbst; die Rechtsordnung bedient sich seiner als eines wesentlichen Hülfsmittels kulturellen Fortschrittes, aber sie hat keine Veranlassung, seine verunglückten Thaten dadurch zu prämiiren, daß sie ihren Vermögensverlust auf unbetheiligte Dritte wälzt [1]). Wer daher für sich handeln will und dabei aus Versehen für einen Andern handelt, der steht nicht in der Schaar der Helfer für das Wohl Anderer, er steht nicht im Lichte derjenigen, welche sich der Verlassenen angenommen haben, so daß ihnen die sittlichen Mächte die Palme bieten; er steht demjenigen gleich, welcher irgend welche andere Speculation verfolgt hat, die sich günstig anzulassen schien, aber schließlich wie eine Seifenblase zerplatzte oder den erwarteten Goldregen nach anderer Seite hin lenkte. Darum ist es ein Grundprincip der Lehre, daß die Negot. Gestio ausgeschlossen ist, wenn ein Handeln im eigenen Interesse vorliegt [2]), und daß das römische Recht diesen Gesichtspunkt so richtig betont hat, gehört nicht zu seinen geringsten Verdiensten; es ist ein Beweis für die in ihm waltende sittliche Macht [3]).

Ganz besonders wird daher die act. neg. gest. contraria

---

1) Verkannt ist dies von Marcadé, Expl. du C. Nap. V p. 253 (ad a. 1375 III). Vgl. hiergegen Laurent, Principes XX nr. 324.

2) Vgl. auch noch fr. 7 § 4 de in rem verso: ego autem non puto de in rem verso esse actionem emptori, nisi hoc animo gesserit servus, ut in rem domini verteret (Ulpian).

3) Wie sehr hier die Philosophie eingewirkt hat, beweisen die Ausführungen von Seneca, de benef. VI 8: quidam nobis prosunt, dum nolunt, immo quia nolunt. Non tamen ideo illis beneficium debemus, quod perniciosa illorum consilia fortuna deflexit in melius. VI 9: Non est beneficium nisi quod a bona voluntate proficiscitur. Sodann namentlich VI 12 f., wo die Frage erörtert wird: si quis sua causa nobis profuit, eine debetur aliquid?

abgewiesen, wenn ich auf eine fremde Sache Aufwendungen gemacht habe, die ich für die meinige hielt — sollte der Fremde meine Luxuspassionen büßen? So daher die Entscheidungen in fr. 14 de doli m. exc., fr. 33 de cond. ind., fr. 14 § 1, fr. 29 pr. comm. divid.[1]). Mit anderen Worten: nur die auf Menschenhülfe gerichtete Thätigkeit ist (an sich) ein Rechtsgeschäft, nicht auch schon die egoistische Thätigkeit: dies ist das Ziel, dem die römischen Juristen, allerdings mehr tastend als sehend, zustreben; und auch die gewöhnliche Rechtsgeschäftslehre suchte ihren Rechtsfolgewillen mit dem animus negot. gerendi zu verquicken — doch darüber ist in der Fortsetzung meiner Rechtsgeschäftsstudien (in Grünhuts Zeitschr.) weiter zu handeln[2]). Daher führt die egoistische Thätigkeit keine Rechtsgeschäftsfolgen mit sich, sie kann nur diejenigen Folgen erzeugen, welche der bloße Naturalismus der Sachlage schon von selbst mit sich bringt — nämlich die Pflicht der Restitution der ungerechtfertigten Bereicherung[3]). Bezüglich dieser ist jedoch noch ein wesentlicher Punkt zu berühren.

1) Vgl. über diese und andere Stellen Witte, Bereicherungsklagen S. 2 f. Eine gezwungene Erklärung von fr. 33 gibt Cujac., in lib. XXXIX Dig. Salvii Juliani (Ed. Mutin. VI p. 265 f.). Richtig Donellus, de jure civili XV c. 16 nr. 8 (Ed. Florent. 1842) IV p. 151: satis omnem hanc actionem removet tam utilem quam directam, qui hos sumptus dicit servari non posse nisi per exceptionem.

2) Im Übrigen kann die Negot. Gestio sich durch das Mittel eines weiteren Rechtsgeschäfts vollziehen oder durch das Medium einer bloß faktischen Thätigkeit; z. B. ich reparire das Haus eines Andern — ich kaufe ein Haus, welches der Pfandgläubiger distrahirt, und ich kaufe es, um es dem debitor zu erhalten (fr. 52 § 1 de pact.). Darauf ist hier nicht näher einzugehen.

3) Das Sächsische Gesetzb. § 1342 bestimmt: „Besorgt Jemand in der Meinung, daß er seine eigenen Geschäfte führt, fremde Geschäfte, so erlangt derjenige, dessen Geschäfte besorgt werden, zwar die Rechte eines Geschäftsherrn, haftet aber demjenigen, welcher die Geschäfte besorgt hat, bloß soweit er bereichert ist“.

Bekanntlich hat das römische Recht diesem Bereicherungsanspruch nicht immer freie Hand gegeben, es hat ihn in einem bestimmten Falle, nämlich gerade im Falle des Sachaufwandes an die Rechtsform der Retentionseinrede gebunden [1]), so daß der Anspruch nur unter bestimmten Umständen zu verwirklichen ist; Julian [2]) hat im 39. Buche seiner Digesten (unter Hadrian oder Anton. Pius), allerdings unter ganz unzutreffenden Gründen [3]), diese Entwickelung besiegelt [4]); eine Entwickelung, welche dem modernen Rechtsleben nicht mehr entspricht und über welche auch das römische Recht hinausdrängt [5]), noch

1) Vgl. schon Aristo in fr. 22 (21) ad SC. Trebell.: qui retentiones, quas solas habent, omittunt.

2) Allerdings sagt auch Pomponius in dem 14. Buche seines Sabinuswerkes, welches vor Julians Digestenwerk verfaßt zu sein scheint: eam impensam mulierem servaturam placet; nam si maritus vindicet insulam, retentionem impensae mulierem facturam, fr. 31 §. 2 de don. 1. v. et ux.

3) Julian in fr. 33 de ind. cond.: wenn Jemand ein indebitum zahle, „hoc ipso aliquid negotii gerit", wenn man aber auf ein fremdes Grundstück baut und der Eigenthümer das Grundstück mit dem Bau in Besitz nimmt: nullum negotium contrahit; und das gelte selbst dann, wenn der bauende Inhaber das Grundstück dem Eigenthümer selbst zurückgebe, weil ja nur suam rem dominus habere incipiat. Dieses ganze überkluge Gebäude stürzt zusammen in Folge der einfachen Erwägung, daß die Bereicherungscondiction gar nicht auf Rechtsgeschäft, sondern auf ungerechtfertigte Bereicherung gebaut ist. Vgl. insbesondere fr. 32 de reb. cred. Die Jurisprudenz ist Julian gefolgt; so Gajus fr. 7 § 12 de adq. dom., so Papinian, fr. 48, fr. 65 pr. de rei vind.; so Paulus, fr. 45 § 1 de act. emti vend. Vgl. übrigens auch bereits Julian, lib. 8 Dig. in fr. 37 de rei vind, lib. 11 Dig. in fr. 28 pr. de pign. act., ferner fr. 54 § 4 de furt.

4) Vgl. Zimmermann, ächte und unächte Neg. Gestio S. 83 f.

5) Aus fr. 23 § 5 de rei vind. ergibt sich allerdings nicht das Gegentheil. Aber eine Anwendung des in fr. 5 § 5 de neg. gest. ausgesprochenen Grundsatzes führt zu der von Julian verpönten actio auf die Bereicherung. Vgl. auch c. 5 de rei vind. (repetitionem). Bezüglich des deutschen Rechts vgl. die Nachweise von Stobbe, Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts S. 60 f., 79 f. Bezüglich des französischen Rechts vgl. Beaumanoir, Cout. de Beauv. XX 3, XVI 9

mehr das deutsche und französische Recht), — doch enthält dieser römische Satz nichts destoweniger ein richtiges Princip, ein Princip, auf welches ich bereits anderwärts aufmerksam gemacht habe, ein Princip, welches auch heutzutage noch vollkommene Anerkennung verdient, wenn auch die römische Rechtsgestalt, in welcher es auftritt, nicht mehr brauchbar ist [1]). Demjenigen nämlich, welcher durch diese egoistische Thätigkeit eines Anderen bereichert worden ist, muß das gute Recht zustehen, auf die bereicherten Werthe zu verzichten, in welchem Falle auch der Bereicherungsanspruch cessirt; im römischen Recht geschah dies dadurch, daß er auf die Vindication verzichtete, in welchem Falle ihm auch die exceptio nichts anhaben konnte; im heutigen Rechte geschieht es dadurch, daß er auf die Bereicherungsklage hin die bereicherten Werthe dem Kläger heimschlägt: dies ist dem Bereicherungsanspruch gegenüber eine facultas alternativa, und diese facultas cessirt nur da, wo es sich um Dinge handelt, welche eine solche Verzichtleistung nicht zulassen. Mit anderen Worten: es gelten die Grundsätze, welche oben (S. 55 f.) bezüglich der putativen negot. gestio ausgeführt worden sind. Was Paullus [2]) für einen bekannten Fall entscheidet: si paratus sit recedere ab usufructu fructuarius, non est cogendus reficere, sed actione negotiorum gestorum liberatur, das gilt auch hier: wenn der bereicherte Eigenthümer auf das Eigenthum verzichtet und es demjenigen,

---

(Beugnot I p. 298. 267); Molinaeus, Consuetudines almae Parisiorum urbis t. 1 § 1 nr. 69 f., 75 f.; Pothier, Mandat nr. 189 f. und die Commentatoren zu a. 1372 f. C. civ.

1) Vgl. meine Abhandlung über Annahme und Annahmeverzug, in diesen Jahrb. XVII S. 377 f. Vgl. auch bereits meine Rechtsfälle zum Studium des französischen Civilrechts II S. 94 f.

2) In fr. 48 pr. de usufr.

welcher den Aufwand gemacht hat, preisgibt [1]), so wird er von der Bereicherungshaftung frei.

Ein solches Preisgeben ist aber dann nicht möglich, wenn es sich um indisponible Lebensgüter handelt; hat A den Sohn des B in der Meinung, daß es sein eigener Sohn sei, auferzogen, so kann B seinen Sohn nicht „heimschlagen", und hat A in der Meinung, daß es sich um seine eigene Tödtung handelt, dem Häuptling der Wilden Gold und Glasperlen gegeben, in Folge dessen der dem Tode geweihte B befreit worden ist, so ist gleichfalls von einer Heimschlagung keine Rede. Ebenso wenig kann von einer Heimschlagung die Rede sein, wenn es sich um Erfüllung einer Pflicht handelt — um Erfüllung einer Pflicht, welche dem Verpflichteten ohne Rücksicht auf den Sachbesitz oblag, um Erfüllung einer Pflicht, von welcher sich daher der Verpflichtete nicht durch Heimschlagung einer Sache hätte befreien können. Wo die Verpflichtung an der Sache klebte und nur mit der Sache bestand, da ist ihre Erfüllung ein Aufwand auf die Sache, sie hat die Sache erhalten, mithin ist mit der Heimschlagung der Sache auch der Aufwand heimgeschlagen; wo aber die Verbindlichkeit unabhängig von der Sache bestand, da hat sie keinen Aufwandscharakter, und der Verpflichtete wurde nicht nur durch die Sache bereichert, sondern er wurde dadurch bereichert, daß ihm die Erfüllung der Pflicht aus seinen Mitteln erspart geblieben ist. Daher ist hier der Bereicherungsanspruch voll gegeben, er ist gegeben in der Form der condictio oder der unächten negot. gestor. actio: in letzterem Falle ist die neg. gest. actio nur die fremde Hülle für den Bereicherungsanspruch, und daß die

---

1) Er muß es preisgeben, d. h. er muß jus suum ad actorem transferre; vgl. analog fr. 29 de nox. act., auch fr. 32 eod.

Römer sich dieser Hülle bedienten, zeigt, daß ihnen an der Sache mehr gelegen war, als an der Form [1]).

So, wenn es sich um eine Schuldzahlung handelt. Die irrthümliche Zahlung der fremden Schuld als einer eigenen verschafft allerdings in der Regel keine Bereicherung, da der Zahlende die indebiti condictio hat, mithin der bezahlte Gläubiger nicht in der Lage ist, welche er kraft seines Gläubigerrechts zu beanspruchen hat, und folgeweise der debitor nicht liberirt wird. Eine Ausnahme bietet aber der Fall, wo die indebiti condictio ausgeschlossen ist — ist diese ausgeschlossen, so hat der Gläubiger alles, was er verlangen kann, und der Schuldner ist liberirt [2]) — es ist ebenso wie wenn der Gläubiger mit fremdem Gelde bezahlt worden wäre und dieses bona fide consumirt hätte, oder wie wenn er eine fremde Sache in solutum erhalten und diese ersessen hätte: wie es dort vom Schuldner heißt: usucapto homine liberatur [3]), so muß es in unserem Falle heißen: remota indebiti condictione debitor liberatur [4]).

Der eine römische Fall nun, wo solches eintrat, ist der eines bonorum possessor sine re, welcher Erbschaftsschulden bezahlt. Wie er ein prätorisches jus exigendi hat [5]), so haftet er auch utiliter, er zahlt daher gültig und das Gezahlte bleibt gültig bezahlt, wenn ihm auch nachträglich die Erbschaft vom

---

1) Die näheren Verhältnisse des Bereicherungsanspruchs, insbesondere die Frage, welcher Art die Bereicherung sein muß, die Details des Impensenrechts u. s. w., bedürfen hier keiner Ausführung.

2) Vgl. auch OAG. Wiesbaden 12./4. 1848 Seuffert Arch. VII 57.

3) S. fr. 60 de solut. Vgl. auch fr. 38 § 3 de solut. und weitere Stellen in meinen Gesammelten Abhandl. S. 286 f.

4) Sehr belehrend ist in dieser Beziehung fr. 31 pr. de hered. pet.: condictionem tamen praestare debebit.

5) Vgl. auch noch fr. 25 § 2 de hered. pet. und dazu Francke Commentar ...... de her. pet. S. 277 f.

legitimen Erben entrissen wird. Dies ergibt sich aus fr. 95 § 8 de solut. — einem der wenigen Ueberreste, welche von der bon. possessio sine re in den Pandekten geblieben sind: si quilibet .... bonorum possessor ei solveret, liberaret heredem [1]). Von diesem Falle und nur von diesem Falle war dereinst auch c. 5 de petit. hered. (Caracalla a. 213) zu verstehen; ursprünglich mußte sie lauten, nicht de hereditate, quam bona fide possidebas, sondern einfach: de hereditate quam possidebas — ganz ähnlich hatte das Opfer Caracallas, hatte Papinian (fr. 95 § 8 cit.) geschrieben: si creditor debitoris hereditatem ad se non pertinentem possedit; — und die possessio hereditatis war eben die bonorum possessio sine re. Darum der Satz: repeti a creditoribus, qui suum receperint, non potest.

Ein zweiter Fall liegt vor [2]), wenn der Gläubiger als Pfandgläubiger eine fremde Sache distrahirt hat — sofern nur die Distraction nicht unter Bedingungen geschehen ist, welche eine Rückgabepflicht bezüglich des erlangten Kaufpreises im Falle der Eviction mit sich führen, sofern also der Gläubiger das eingezogene Geld jedenfalls behalten darf. Hier wird der Schuldner definitiv befreit; aber er wird befreit mit dem Vermögen, unter der Vermögensaufopferung eines Anderen; dieser Andere ist der Käufer, sofern ihm die Sache evincirt wird, oder der Eigenthümer der Sache, sofern derselbe auf die Eviction verzichtet oder nicht mehr evinciren kann [3]). Allerdings

1) Vgl. dazu Leist, die bonorum possessio II 2 S. 229 f.

2) So fr. 12 § 1 de distr. pign.

3) Man hat bestritten, daß der Eigenthümer geschädigt sei, solange er noch evinciren könne; wohl, aber es steht nichts im Wege, daß er sich dieser Möglichkeit begibt, und der Verpfänder kann ihm daraus um so weniger einen Einwurf machen, als damit nur seine eigene Rechtshandlung ihre Bestätigung findet. Gründe aber, auf die Eviction zu verzichten, kann der Eigenthümer gerade genug haben; wie, wenn der Käufer der

ist die Befreiung des Debitor nicht durch Zahlung erfolgt, wohl aber durch die Pfanddistraction, welche die Zwecke der Zahlung erfüllt. Daher Bereicherungsanspruch gegen den befreiten debitor. Anders wäre es, wenn der creditor in der Lage wäre, den Kaufpreis wieder herausgeben zu müssen — dann hätte er noch nicht, was er verlangen kann, und der debitor wäre noch nicht — mindestens nicht definitiv befreit. Dies ist der Fall, welchen Tryphonin in dem viel besprochenen fr. 12 § 1 de distr. pign. behandelt [1]).

Der römische Hauptfall aber, wo die indebiti condictio ausgeschlossen war, ist gegeben, wenn die Nichtzahlung die Gefahr des duplum herbeiführt [2]): hier wären die Interessen, welche die Rechtsordnung durch den Druck der Duplation fördern wollte, auf einem Umwege geschädigt worden, wenn der Schuldner hätte zahlen und sodann ohne weitere Gefahr die Zahlung hätte anfechten können. Das Bedürfniß, daß der Gläubiger schnell, definitiv und streitlos zu seinem Guthaben gelangte, dieses Bedürfniß wäre auf einem Umwege vereitelt worden: der Gläubiger, welcher zur streitlosen Befriedigung gelangen sollte, wäre auf einem Umwege in Zank und Hader verwickelt worden. Dieses Interesse ist besonders augenschein-

---

Sache sich mit derselben in die Weite begeben hat und schwer zu erlangen, wenn sein Aufenthaltsort unbekannt ist? Vgl. auch c. 3 de rei vind.; § 38 Konk. O. Auf die weiteren Schwierigkeiten der Stelle ist hier nicht einzugehen.

1) Vgl. beispielsweise Dernburg, Pfandrecht II S. 195, Zimmermann, ächte und unächte Neg. Gestio S. 51 f., Windscheid, zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung S. 6 f., Moreau, Haftung wegen Eviction S. 14 f., Monroy, vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte S. 9 f., Witte, Bereicherungsklagen S. 330.

2) Ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non potest, § 7 J. de obl. quasi ex contr.; c. 4 de cond. indeb. Vgl. hierüber und zum Folgenden Rudorff, Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. XIV S. 289 f. 301 f. 399 f.

lich, wenn ein Judicat vorliegt, weßhalb die Rechtsordnung sehr richtig die Bekämpfung eines Judicates besonders erschwerte [1]), es waltete aber auch noch in anderen Fällen vor. Eine berühmte Quellenentscheidung nun geht von dem Falle aus, daß eine indebiti condictio ausgeschlossen ist, daß sie ausgeschlossen ist, weil die Zahlung unter dem Drucke der Duplationsgefahr erfolgte. Diese Entscheidung findet sich am Schlusse des vielbesprochenen fr. 48 (49) de neg. gest. [2]). Sicher ist hier von einem legatum per damnationem die Rede, denn es sind res vermacht, welche nicht dem Erblasser und auch nicht dem Erben, sondern einem Dritten gehören (vergl. Gajus II 202). Bei dem Damnationslegat aber (sofern per damnationem certa relicta sunt) galt der Satz: si legatum per damnationem relictum heres infitietur, in duplum cum eo agitur [3]) (Gajus II 282, IV 9. 171, Paulli Sent. I 19 § 1). Daher kann derjenige, welcher ein solches Legat in der Mei-

1) Nicht im Widerspruch hiermit steht fr. 11 de appel., da hier von einer Bekämpfung des Judicats durch die condictio indebiti keine Rede ist, vielmehr durch dieselbe gerade derjenige Zustand herbeigeführt werden soll, welcher der definitiven Sentenz gemäß ist. Es verhält sich hier ähnlich, wie in Paulli Sent. III 6 § 92 bei dem Damnationslegat: prolatis codicillis vel alio testamento quibus ademptum est legatum vel certe rescissum, perperam soluta repetuntur. Damit die condictio ausgeschlossen ist, muß sie im Widerspruch mit dem maßgebenden Urtheil, oder bei dem Legat mit der maßgebenden Damnation stehen.

2) Diese Deutung der Stelle findet sich auch bei Zimmermann, ächte und unächte Negot. Gestio S. 80, aber bloß problematisch. Die Meinung, daß die Litiscrescenz bezüglich des Damnationslegats nur bei certa pecunia, nicht bei certa res eintrat, hat keine stichhaltigen Gründe für sich (vertheidigt wird sie besonders von Rudorff, Z. f. gesch. Rechtsw. XIV S. 406 f.). Sie wird sogar stringent widerlegt durch fr. 61 in fine ad leg. Falc., vgl. auch fr. 71 § 3 de leg. I.

3) Für das Justinianeische Recht gilt allerdings § 7 J. de obl. quasi ex contr., § 23 und 26 J. de action., c. 45 (46) § 7 de episc. et cleric, (1, 3). Allein dies kommt bei der Interpretation des Afrikan nicht in Betracht.

nung, Erbe zu sein, auszahlt, das Gezahlte nicht mehr condiciren [1]), folglich hat der Legatar definitiv, was er zu verlangen hat, und mithin ist durch Aufopferung des vermeintlichen Erben der wahre Erbe liberirt: er ist liberirt und daher ungerechtfertigt bereichert; darum ist die unächte actio neg. gest. d. h. die Bereicherungsklage des Zahlenden gegen denselben begründet. Hierher gehört auch das fr. 74 § 2 de jud., worüber in der Note weiter zu handeln ist [2]): auch die Zah-

---

1) Daher auch Gajus II 283: quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest. Idem scilicet juris est de eo, quod non debitum vel ex hac vel ex illa causa per errorem solutum fuerit.

2) Hier liegt eine eigentliche neg. gestio vor; allein diese Gestio besteht in der Uebernahme des judicium d. h. des Proceßrechtsgeschäfts, und dieses ist, da der Proceß auf eine bereits todte Person gestellt ist, nichtig (fr. 2 § 1 quae sent. sine appell. resc.). Daher bewirkt die Litiscontestation keine processualische Consumtion und mithin keine Liberirung des heres, der Gestionsakt ist mithin unwirksam. Entsprechend ist das Judicat ungültig, entsprechend sollte auch die Zahlung des Judicats zu einer condictio indeb. führen. Weil aber die Anfechtung des Judicats die Gefahr der Duplation herbeiführt, so ist die Zahlung unanfechtbar und der Bezahlte hat, was ihm gebührt. Mithin kommt trotz der Nichtigkeit der Gestion doch die Zahlung dem heres zu gute, und daher hat der Zahlende die actio neg. gest. — nicht als ächte, sondern als unächte, als Bereicherungsklage. Die ächte act. neg. gest. wäre gegeben, wenn das judicium gültig übernommen worden wäre, weil dann die Uebernahme des judicium, also der Gestionsakt, den heres befreit hätte (vgl. fr. 10 § 1 de in rem verso: namque filius eum judicio suscepto liberavit); und auch wenn die Uebernahme des judicium bloß Bürgschaftscharakter hätte, so wäre diese Uebernahme doch eine negot. gestio und die Zahlung wäre eine Fortsetzung der übernommenen Gestion (vgl. fr. 10 pr. § 10, fr. 15 de in rem verso). Wenn aber die Uebernahme des judicium wirkungslos ist, so ist die Gestion wirkungslos und die Zahlung ist daher nur die Zahlung einer fremden Schuld in der Meinung, daß sie die eigene sei; mithin treten dieselben Erscheinungen ein, wie überhaupt bei einer derartigen Bezahlung fremder Schulden: indebiti condictio, oder, wo diese ausgeschlossen ist, Bereicherungsklage (unächte negot. gestio) gegen den auf solche Weise liberirten

lung auf Grund eines Judicats unterlag der Condiction nicht, denn gerade hier obschwebte die Duplationsgefahr, vgl. auch fr. 36 fam. herc., fr. 29 § 5 mand., c. 1 pr. de cond. indeb., c. 2 de compens.

Eine weitere Illustration zu den entwickelten Principien bietet das römische Recht in fr. 14 § 11, fr. 32 pr. de relig. Wer eine Beerdigung in der Meinung vorgenommen hat, daß er der Erbe sei, der hat eine definitive Leistung gemacht, er hat sie gemacht zu Gunsten des Erben, der sie sonst unausbleiblich hätte machen müssen; die Beerdigung ist eine Pflicht, welcher sich der Erbe nicht entziehen konnte, und welche nunmehr durch die Bestattung erfüllt worden ist. Wer daher den Todten bestattet, der hat den Erben um den Betrag der Beerdigungskosten, welche er hätte aufwenden müssen, bereichert [1]), daher eine unächte actio neg. gestor. [2]) — oder vielmehr funeraria; daß sich noch Trebaz und Proculus sträubten, erklärt sich leicht — es ist ja eine uneigentliche Anwendung der Gestionsklage zur Realisirung eines Bereicherungsanspruchs, fr. 14 § 11, fr. 32 pr. de relig. [3]). Und ebenso verhält es sich

Schuldner. Vgl. zur Stelle auch Rudorff, Z. f. gesch. Rechtsw. XIV S. 328 f.

1) Hoc ipso, quo non est pauperior, locupletior est, fr. 47 § 1 de solut.

2) Vgl. zum Folgenden auch Zimmermann, ächte und unächte negot. gestio S. 67 f.

3) Die Römer legten sich die Sache so zurecht: die Beerdigung ist eine Leistung gegenüber dem Todten, welcher durch das Begräbniß seine Ruhe im Schattenreiche findet (vgl. Fustel de Coulanges, la cité antique p. 10 f.); daher Ulpian in fr. 1 de relig.: cum defuncto contrahere creditur, non cum herede. Daher geht die actio funeraria eigentlich gegen den Todten und erst per consequentiam gegen den Erben. Daher gilt der Satz, daß der Todte quasi de patrimonio suo zu bestatten sei, fr. 16 de relig.; daher werden die Beerdigungskosten wie Schulden von dem Nachlasse in Abzug gebracht, fr. 1 § 19, fr. 2 ad leg. Falcid.; daher wird der Wille des Erblassers respectirt, sowohl bezüglich der Person,

mit der Pflicht zur Errichtung eines Grabmonuments — denn die Erben waren zwar nicht jure civili verpflichtet, aber principali vel pontificali auctoritate wären sie dazu genöthigt worden; daher erfüllte der Erbschaftsbesitzer, welcher das Monument (nach Maßgabe des Testaments) [1]) errichtete, gleichfalls eine Pflicht, welcher sich der Erbe nicht hätte entziehen können, fr. 50 § 1 de hered. pet. [2]).

§ 9.

Ein solches suum negotium gerere, und zwar ein suum negotium gerere ohne ungerechtfertigte Bereicherung Anderer liegt aber auch vor, einmal wenn es sich um die Erfüllung einer Staatsaufgabe durch Staat oder Gemeinde handelt — es wäre denn, daß ausnahmsweise der Staat nicht den Vollzug eines bestimmten Geschäfts, sondern nur den vorläufigen Vollzug des Geschäfts, unter Vorbehalt des Rückersatzes,

welche die Beerdigung besorgen soll, fr. 12 § 4, fr. 14 § 2, 13. 14. de relig., als auch bezüglich der Art der Bestattung — sofern dieselbe nicht über das ordentliche Maß hinausgeht, fr. 14 § 6 de relig. Vgl. auch mein Autorrecht S. 147 f. (Jahrb. XVIII S. 275 f.). Nicht gegen diese Anschauung spricht die Entscheidung des fr. 19 de in rem verso: funus filii patris esse aes alienum, non filii; denn der vermögenslose Haussohn konnte allerdings nicht ex suo patrimonio bestattet werden; vergl. auch fr. 21, 28 de relig. Entsprechend nahmen die französischen Coutümisten an, daß die Beerdigungskosten auf den Mobiliarerben fielen; Heu, Cout. d'Amiens ad a. 105.

1) Nicht über die im Testament bestimmte Summe hinaus (quantum testator jusserit, non excedat). In fr. 202 de verb. sign. ist nur davon die Rede, daß der Erbe nicht gegen die testamentarische Pflicht verstößt, wenn er mehr aufwendet, als ihn der Erblasser geheißen hat: er handelt ultra, aber nicht contra testamentum; wohl aber thut solches der Erbschaftsbesitzer auf seine Gefahr, und der Regreß geht nur soweit, als die Pflicht ging. Zur Stelle vgl. auch Pernice, Festgab. f. Beseler S. 57.

2) Ueber das Verhältniß zwischen sepultura und Errichtung eines Monuments vgl. fr. 1 § 19, fr. 2 ad leg. Falc. Man muß dabei an den außerordentlichen Monumentenluxus der Römer denken, von welchem das Grab der Caecilia Metella das bekannteste Beispiel ist.

zu seiner Aufgabe gemacht hätte. Zu den Aufgaben des Staates und der Gemeinden gehört aber insbesondere auch die Armenunterstützung: der Staat erfüllt seine Aufgabe, er handelt im Interesse der Allgemeinheit, er handelt im Interesse gedeihlicher Selbstentwickelung, wenn er für rationelle Armenunterstützung sorgt. Daher findet eine actio neg. gest. gegen den Unterstützten nicht statt; vgl. richtig Obertrib. Berlin 12./2. 1878, Seuffert Arch. XXXIII 305, OLG. Kiel 25./4. 1881, ib. XXXIX 306 [1]).

Ebenso liegt aber auch ein suum negotium gerere, und ein solches ohne ungerechtfertigte Bereicherung, in denjenigen Fällen vor, wo pietatis causa gehandelt wird; darum schließt das officium pietatis die negot. gestio aus [2]). Allerdings scheint auch derjenige für Fremde zu handeln, der handelt, um eine pure Wohlthat zu erweisen, ja diese Handlung erscheint als der Gipfel der Entäußerung — sie ist es auch im sittlichen Sinne, sie ist es im wirthschaftlichen Sinne [3]), sie ist es

1) Anders verhält es sich mit dem Armenrechte im Proceß, wo der Staat nur die vorläufige, nicht die definitive Befreiung des Armen zu seiner Aufgabe gemacht hat. Doch hat es Gesetze gegeben, welche auch bezüglich der Unterstützungspflicht die Staatsleistung nur als eine Vorleistung erklärten. Bez. der Leistungen der Feuerwehr vgl. Vivante I nr. 362.

2) Vgl. zum Folgenden Donellus, de jure civili XV 16 nr. 10 f. (Ed. Florent. 1842) IV. p. 151 f., Chambon, Negot. Gestio S. 76 f., Sturm, das negotium utiliter gestum S. 55 f., Laurent, Princip. de droit civ. XX nr. 323.

3) Wirthschaftlich ist eine solche Thätigkeit altruistisch; vgl. Dargun, Egoismus und Altruismus S. 45 f. auch 56 f.; denn die Wirthschaftslehre kennt keine Identification, keine Vertretung, keine Auswechslung der Individuen bezüglich ihrer rechtlichen Wirksamkeit; solche kennt aber das Recht: die Wirthschaftslehre hat es mit dem Realismus der Bedürfnißbefriedigung, das Recht aber hat es mit der Idealität der geistigen Beziehungen zu thun, welche in dieses Wirthschaftsleben eingreifen. Diese geistigen Beziehungen nun haben ihre besonderen Gesetze, welche von den Gesetzen der äußeren Welt verschieden sind. Darauf beruht der wichtigste Unterschied in der Behandlung der Oekonomik und des Rechts.

nicht im Rechtssinne. Wer sich selbst entäußert, übergibt sein Ich den fremden Interessen, er schlägt die Scheidewand entzwei, die zwischen ihm und der Drittwelt liegt: wer sein Ich der Menschheit hingibt, der nimmt ihre Interessen in sich auf; und wenn er für sie handelt, so handelt er nicht mehr für fremde Interessen, er handelt für die eigenen — wie die Mutter, welche für das Kind, wie der Mann, welcher für das Weib sorgt. Daher erkennt das Recht die Schenkungsabsicht als eine Interesseabsicht an: das Schenken ist kein causalloses, kein interesseloses, sondern ein causirtes Handeln, ein Handeln für selbeigene Lebenszwecke, nämlich für die Lebenszwecke Anderer, welche ich mit zu meiner Aufgabe gemacht, welche ich in meinen Interessekreis aufgenommen habe. Insbesondere ist auch das Schenkungsinteresse ein genügendes Interesse, um das Mandat zu stützen: wer an der Ausführung des Mandates kein weiteres Interesse hat, als daß er das Wohl eines Anderen befördern will, der hat ein genügendes Mandatsinteresse und ein Recht auf Ausführung des Mandates; solches hat nicht erst Papinian in fr. 54 pr. mand. entwickelt, sondern schon Celsus im 7. Buche seiner Digesten: denn auch si tibi mandavero quod mea non intererat ... erit mihi tecum mandati actio, fr. 6 § 4 mand.[1]). Doch hiervon an anderer Stelle.

Daß nun das reine Wohlthatshandeln keine neg. gestio bildet, ist in den Quellen so sicher anerkannt, daß es keiner weiteren Ausführung bedarf; vgl. fr. 26 § 1, fr. 43, c. 5. 11. 12. 13. 15 de neg. gest., fr. 14 § 7 de relig. — namentlich aber die berühmte lex Nesennius Apollinaris, fr. 33 de neg. gest.[2]). Ob aber ein volles Wohlthatshandeln oder

---

1) Vgl. ferner Gajus III 155; pr., § 3—6, J. de mand., fr. 2 pr., § 2 mand. Nicht hiergegen spricht fr. 8 § 6 mand.

2) Vgl. auch noch Seneca de benef. V 20: patrem alicujus in solitu-

eine neg. gestio vorliegt, richtet sich nicht nach dem Bewußtsein der Rechtsfolgen: denn die wenigsten werden eine sichere Vorstellung haben von dem Gewebe der Rechtsbeziehungen, welches sich aus der negot. gestio entspinnt; und wenn die römischen Juristen sich der Formel bedienen: animo recipiendi, hoc animo quasi recepturus oder ut repetiturus, fr. 14 § 7 de relig., c. 11. 13. 15 de neg. gest., so sehen wir sie eben hier, wie oft, in dem Ringen nach einem Ausdruck begriffen für die richtige psychologische Charakteristik, welche sie intuitiv fühlen — und implicite anwenden, aber nicht explicite begreifen. Und auch der bloße Wohlthatssinn allein ist nicht ausreichend — denn auch die negot. gestio enthält ein bedeutendes Element des Wohlwollens[1]) und der sittlichen Tüchtigkeit; und die römischen Juristen versäumen nicht, es hervorzuheben: potest tamen distingui et misericordiae modus, ut in hoc fuerit misericors vel pius qui funeravit, ut eum sepeliret, ne insepultus jaceret, non etiam ut suo sumptu fecerit, fr. 14 § 7 de relig. Allein die neg. gestio enthält nicht die totale Entäußerung des Wesens, welche die Aufopferung für drittes Wohl nicht mehr als Aufopferung, als Weggabe empfindet; bei der gestio bleibt stets der Gedanke herrschend, daß es Fremdes, nicht Eigenes ist, was man thut, daß man fremden, nicht eigenen Interessen sein Vermögen preisgibt.

---

dine exanimem inveni, corpus ejus sepelivi .... Praestiti patri ejus, quod ipse praestare voluisset nec non et debuisset. Hoc tamen ita beneficium est, si non misericordiae et humanitati dedi, ut quodlibet cadaver absconderem, sed si corpus adgnovi, si filio tunc hoc praestare me cogitavi. At si terram ignoto mortuo injeci, nullum in hoc habeo hujus officii debitorem in publicum humanus.

1) Richtig bemerkt Laurent, Principes de droit civ. franç. XX nr. 323 p. 353: il y a un esprit de bienfaisance dans toute gestion d' affaires.

Ob im einzelnen Fall eine solche Entäußerung vorliegt, dies zu entscheiden, kann daher große praktische Schwierigkeiten bereiten; haec disceptatio in factum constitit, fr. 33 de neg. gest. Die Vermuthung spricht für dieselbe nicht; solche Entäußerungsakte werden in Zeiten pietätvoller Exaltation häufig sein, im gewöhnlichen Gange der Lebensereignisse kommen sie glücklicherweise immer noch vor, sie kommen nicht selten vor, allein der Entäußerungswille ist nicht der herrschende Factor der Verkehrsverhältnisse. Die Entäußerung wird daher nur zu vermuthen sein in sehr vertrauten Kreisen [1]), welche von den gewöhnlichen Fluthen des Verkehrslebens nicht berührt werden, wo noch Liebe und Aufopferung ihr Scepter schwingen. Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern [2]), Verhältnisse unter Ehegatten sind ganz besonders zu solchen Thaten der Liebe angelegt [3]); und auch hier ist es zunächst die Sorge für die Person, weniger die Sorge für das Vermögen, welche von dieser Gefühlsrichtung getragen sein wird. Besonders lehrreich ist in dieser Beziehung die lex Nesennius Apollinaris [4]), sowie die c. 11 de neg. gest., woraus frühere Praktiker die Regel ableiteten, daß bei Aufwendungen auf die Person mehr für den animus donandi, bei Aufwendungen auf die Sache mehr für den animus recipiendi zu präsumiren sei. Am allerwenigsten ist die Entäußerung zu vermuthen bei Dienst-

1) Vgl. auch OAG. Lübeck 11./12. 1866 Seuffert Arch. XXXI 224.

2) Vgl. auch Reichsgericht 13./5. 1882 Entsch. X S. 117 f. Vgl. ferner Züricher Civilgesetzbuch § 1214: „Wenn Eltern oder Großeltern den Kindern oder Enkeln Alimente geben, so wird im Zweifel angenommen, sie haben das aus Zuneigung und ohne Absicht der Rückforderung gethan . ." Das sächsische Gesetzbuch § 1354 nennt Eltern, Voreltern und Geschwister.

3) Auch ein Verhältniß, für welches wir heute kaum ein Analogon haben: des Clienten, Lehensmannes, Freigelassenen zu seinem Dominus oder Patronus.

4) Vgl. auch den Rechtsfall in der Entsch. des OAG. Jena 4./12. 1873, Seuffert Arch. XXXIII 21.

leistungen einer Person, welche derartige Dienste gegen Entgelt gewerblich zu leisten pflegt; man denke an die Dienstleistungen des Kaufmanns, des Architecten, des Arztes, des Advocaten.

§ 10.

Es ist noch der Fall möglich, daß eine Handlung sowohl das eigene als auch das fremde Interesse befriedigt. Hier kommt es zunächst in Betracht, auf welches Interesse die Intention gerichtet war. Wenn ein Großvater seine Enkelin aussteuert, so kann er solches von sich aus thun; er kann es auch thun im Interesse des Vaters, welcher beispielsweise abwesend oder irrsinnig ist und nicht für die Tochter sorgen kann[1]); wie nun, wenn beide Interessen in seiner Brust spielen und er nach beiden Seiten hin thätig sein will? Wenn er zugleich den Großvater und den Vater spielen will? Beide Tendenzen können nun nicht zugleich überwiegen, denn sie widerstreben einander; es kann zwar sein, daß beide Strömungen in dem Thäter obwalten, aber eine wird die Obmacht erlangen, und diese ist entscheidend.

Es kann nicht zu gleicher Zeit der Vater und der Großvater der Dotator sein, nicht zu gleicher Zeit kann der Eine und der Andere in die Beziehung zur Dos treten, welche sich zwischen dem Dotator und der Dos entspinnt — namentlich wenn die Dos eine dos profecticia ist[2]).

Ganz anders, wenn beide Tendenzen sich nicht ausschließen, sondern zusammen ihre Befriedigung finden, so ins-

1) Vgl. analog fr. 7 § 5, fr. 8, fr 9 de in rem verso, namentlich aber fr. 5 § 1 und 2 de jure dot.: cum quis dedisset negotium ejus gerens parens ratum habuerit, profecticia dos est. Quod si quis patri donaturus dedit, Marcellus libro sexto digestorum scripsit, hanc quoque a patre profectam esse; et est verum. Vgl. auch C. civ. a. 1438 f. 1544 f.

2) Vgl. fr. 5 de jure dot.

besondere wenn zwei Interessen so mit einander verknüpft sind, daß sie nur zusammen, nicht getrennt zu ihrer Entfaltung gelangen können; oder daß sie zwar getrennt sich verwirklichen lassen, daß aber der von dem Gerenten eingeschlagene Weg zugleich zur Verwirklichung beider führt. Es bedarf hier keiner besondern Ausführung, daß das römische Recht der Eigenart dieser Verhältnisse durch den modificirten Gestionsanspruch, durch die actio communi dividundo (utilis) bezw. fam. hercisc. gerecht geworden ist, bei welcher die Intrication beider Interessen durch Theilung des Aufwandes zur Geltung kommt: quae pro parte expediri non possunt, si unus cogente necessitate fecerit, familiae herciscundae judicio locus est, fr. 25 § 15 fam. herc.; non alias communi dividundo judicio locus erit.... nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit, fr. 6 § 2 comm. div.; vergl. fr. 18 § 6 und 7 fam. herc. u. a. Vgl. darüber meine Gesammelten Abhandlungen S. 190 f., Monroy, vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte S. 138 f., Eck, doppelseitige Klage S. 131 f.[1]).

---

1) Vgl. auf fr. 15 comm. divid., fr. 8, fr. 17 pr. de nox. act.; über fr. 19 § 2 comm. divid. und fr. 30 § 7 de neg. gest. vgl. Gesammelte Abhandl. S. 170. Nicht hierher gehört fr. 20 pr. de neg. gest.; denn hier handelt es sich um eine act. neg. gest. directa gegen den erstbefreiten Kriegsgefangenen, sofern er mit seiner Befreiung die Sorge für die künftig Freiwerdenden übernommen hat (vgl. auch Bechmann, jus postliminii S. 70 f.) In c. 3 de neg. gest. ferner ist die actio neg. gest. nur für den Fall gemeint, daß die actio fam. herc. bereits erhoben — mithin eine nochmalige Erhebung derselben ausgeschlossen ist (fr. 20 § 4 fam. herc.). Es verhält sich hiermit, wie mit der actio funeraria, fr. 14 § 12 de relig.: si familiae herciscundae agere possit, funeraria non acturum; plane si jam familiae herciscundae judicio actum sit, posse agi. Die actio neg. gest. versah hier, wie die actio funeraria, die Stelle eines Lückenbüßers; allerdings hätte man an eine actio comm. divid. denken

Es gibt nun allerdings noch einen dritten Fall; den nämlich, wo zwar gleichfalls das eigene und das fremde Interesse durch eine Handlung betroffen werden können, wo aber das eine Interesse das prävalirende ist, indem das zweite Interesse nur per consequentiam aus der Erhaltung des erstern hervorgeht. Solche Fälle kommen jeden Tag vor, denn das Eigenthum des einen und seine Benutzung ist nicht ohne vielseitigen Einfluß auf Dritte. Wer einen Sumpf auf seinem Gebiete austrocknet, nützt auch den Umwohnern; wer ein häßliches Mauerwerk abbricht, verschafft vielleicht einem Nachbarn eine längst erwünschte Aussicht [1]), und wer seine Wand mit Fresken bemalt, erspart seinem Vis à vis die Kosten eines Gemäldes. Der Müller, welcher um seiner Mühle willen den Mühlgraben erweitert oder einen geschlossenen Mühlgraben wieder eröffnet, nützt dadurch von selbst den unterhalb liegenden Mühlen [2]); und der Strandbewohner, welcher einen Damm errichtet und sich vor Ueberschwemmung sichert, sichert dadurch auch die Nachbarn [3]). In allen diesen Fällen kommt rechtlich

---

können (fr. 34 pro socio); doch hatten die Römer eine gewisse Scheu, dieselbe auf Verhältnisse anzuwenden, welche von dem Normfalle, dem Miteigenthum, zu weit abzuliegen schienen. Vgl. beispielsweise fr. 32 de stip. serv.

1) Vgl. treffend Dalloz, Répert. de législation et de jurisprud. v. Obligations nr. 5402: On conçoit . . . que si mon voisin a démoli sa maison pour convertir en jardin d'agrément le terrain sur lequel elle était élevée, il ne pourra pas, sous le prétexte qu'il a procuré à la mienne une vue plus agréable et plus étendue, se constituer mon gérant à cet égard et réclamer de moi, à ce titre, une indemnité quelconque.

2) Vgl. hierüber die interessante Entscheidung des französ. Cass.-Hofs 30./4. 1828 Dalloz Récueil v. Obligations nr. 5402, und dazu auch Laurent, Principes XX nr. 335.

3) Appelh. Grenoble 12./8. 1836, Cass.-Hof 6./11. 1838, Dalloz v. Oblig. nr. 5403, Laurent XX 335, Aubry et Rau, Cours de droit civ. franç. IV p. 725.

nur die prävalirende Eigenabsicht in Betracht: der Nachbar hat Vortheil, weil der Vortheil des Bauenden selbst ihm per consequentiam zu gute kommt, weil er ihm zu gute kommt in Folge der Verknüpfung der menschlichen Verhältnisse, welche nicht in der Isolirtheit, sondern in ständigem Wechselverkehr stehen. Es würde zu den seltsamsten Consequenzen führen, wollte man in derartigen Fällen die Nachbarschaft in Contribution setzen: wer wäre dann einen Augenblick von Bereicherungsansprüchen frei? Und zwar ist hier nicht nur die actio neg. gest. ausgeschlossen, sondern auch die Bereicherungscondiction — denn von einer ungerechtfertigten Bereicherung ist keine Rede.

Umgekehrt wird aber auch die negot. gestio für einen Anderen nicht dadurch angetastet, daß per consequentiam auch ein Vortheil für den Gerenten erzielt wird, sofern nur dieser Vortheil lediglich die Consequenz der Interessehandlung für den Dritten ist. Wenn ich das Haus meines Nachbarn im Fall der Noth reparire in der Absicht, es gelegentlich zu kaufen oder zu miethen, so ist nichtsdestoweniger die negot. gestio gegeben. Ein ähnlicher Fall liegt vor in fr. 31 pr. de neg. gest. Wenn Jemand fremde Forderungen sich gegen Zahlung abtreten läßt, so befreit er den Schuldner gegenüber dem Gläubiger (welcher vielleicht bereits daran war, die Pfänder zu subhastiren), er befreit ihn und führt seine Geschäfte nichtsdestoweniger, sollte er auch dabei eigensüchtige Zwecke verfolgen — denn diese schließen sich nur als Consequenz an den Haupterfolg — an die Befreiung des Schuldners von dem Gläubiger an.

Dasselbe gilt, wenn ein Verkäufer die nicht in Empfang genommene Waare verkauft: es kann dies negot. gestio im Interesse des Käufers sein, auch wenn, wie gewöhnlich, der Ver-

käufer indirekt dabei betheiligt ist: betheiligt wegen seines Kaufpreises [1]).

Alles dieses beruht auf dem Grundgesetze der wirthschaftlichen Würdigung des Egoismus und Altruismus: eine Thätigkeit ist eine egoistische im wirthschaftlichen Sinne, wenn sie den eigenen Zwecken dient, sollten mit der Erreichung dieser Eigenzwecke auch zugleich Vortheile für Dritte verbunden sein; und eine Thätigkeit zur Beförderung des fremden Interesses bleibt eine altruistische, wenn auch das beförderte fremde Interesse auf das Eigeninteresse zurückwirkt [2]). Es sind dies Probleme, welche bereits die Philosophen, die Moralisten beschäftigt haben. Man denke an den Fall des Seneca, daß Jemand unter der Bedingung eine Magistratur erlangt, daß er 10 Personen loskauft. Seneca nimmt an, ein „beneficium" liege hier nicht im Loskauf, ein solches könne nur darin liegen, daß der Candidat unter allen Gefangenen gerade die betreffenden 10 ausgewählt hat [3]) — dies kann allerdings ein Grund der Dankbarkeit für den Einzelnen sein, aber eine negot. gestio ist dies nicht, denn die Wahl unter den mehreren Gefangenen ist kein selbständiger Akt, nur der Loskauf ist ein solcher, und dieser Loskauf ist lediglich egoistisch [3]).

---

1) So mit Recht Laurent, Principes de droit civ. franç. XX nr. 322 und die hier cit. Entsch. des Cassationshofs 18./6. 1872 Dalloz, Répert. 1872 I p. 471 und das untergerichtliche Urtheil, Appellh. Rouen 29./8. 1871 ib. Vgl. auch Reichsoberhandelsgericht, 13./3. 1875 Entsch. XVI 321 f. 326, Reichsgericht 25./5. 1880 Entsch. I S. 355 f. 358. Vgl. auch Eck, Festgab. f. Beseler S. 181 f.

2) Vgl. Dargun, Egoismus und Altruismus S. 13 f. Ein altruistisches wirthschaftliches Handeln ist darum noch kein caritatives Handeln.

3) Seneca de benef. VI 13. 14. Vgl. auch noch ib. VI 19 f. Vortrefflich bemerkt derselbe ib. VI 20: qui mihi prodest, ut per me prosit sibi, non dedit beneficium, quia me instrumentum utilitatis suae fecit.

§ 11.

Diese Grundsätze gelten insbesondere auch, wenn ein dinglich Berechtigter Aufwendungen auf eine Sache gemacht hat: sie nützen dem dinglich Berechtigten, sie nützen dem Eigenthümer. Hier muß das Recht eine Ausscheidung treffen und diejenigen Aufwendungen, deren wesentlicher Zweck die Erhaltung des temporären Genusses ist, als Genußaufwendungen dem Genußberechtigten, diejenigen Aufwendungen dagegen, deren wesentlicher Zweck die Erhaltung der Sachsubstanz ist, dem nudus proprietarius zuweisen: allerdings berühren auch die Genußaufwendungen den Proprietar, aber nur sofern die Erhaltung der temporären Genußfähigkeit per consequentiam der Sachsubstanz zu gute kommt; und ebenso verhält es sich umgekehrt. Daraus ergibt sich von selbst, daß die Genußimpensen dem Genußberechtigten, die Sachimpensen dem Proprietar vollständig zukommen, obgleich indirekt auch der Andere davon Nutzen hat; denn dieser Nutzen ist nur eine indirekte Folge der gegenseitigen Influenzen menschlicher Verhältnisse. Und wenn daher der Eine Aufwendungen macht, welche hiernach in das Gebiet des Anderen fallen, so ist eine negot. gest. actio begründet — nur daß dieselbe auch hier consumirt werden kann durch diejenige actio, welche das individuelle Verhältniß in ihrem vollen Wesen erschöpft, so insbesondere bei dem Pfandrecht (Nutzpfand) durch die actio pigneraticia, vergl. fr. 8 pr. § 5 de pigner. act., c. 7 § 1 de act. pign.; vgl. meine Pfandrechtlichen Forschungen S. 219 [1]). Bei dem Usufrukt fehlt es an solcher individueller actio — hier tritt die actio negot. gest. in ihr Recht, fr. 48 pr. de usufr.: si absente fructuario heres quasi negotium ejus gerens reficiat, negot. gest. actionem adversus fruc-

1) Bezüglich des germanischen Rechts vgl. ebenda S. 243 f.

tuarium habet — es handelt sich hier um Genußimpensen; und treffend fügt Paullus bei: tametsi sibi in futurum heres prospiceret. Weniger treffend ist die Behandlung eines analogen Falles durch Ulpian. Wer in bona immittirt ist, kann Ersatz für die Impensen verlangen, welche er sine dolo malo fecit [1]); er kann ihn verlangen, obgleich diese Impensen indirekt auch ihm zu gute kommen; er kann ihn verlangen mit einer actio in factum [2]) — mit einer actio, welche der Prätor mit Rücksicht auf die Verhältnisse des Falles construirte; er kann ihn verlangen nach den Grundsätzen der negot. gestio, so daß es nicht darauf ankommt, ob die Auslagen von Erfolg waren oder nicht [3]); und wenn auch hier die actio neg. gest. durch die spezielle actio in factum verdrängt wird, so ergibt sich der Grund dieser Erscheinung aus dem Obigen von selbst. Ein unrichtiger Grund ist es aber, welchen Ulpian unterstellt: negotiorum gestorum agere non magis potest, quam si socius commune aedificium fulsit, quia hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur, fr. 9 § 4 de reb. auct. jud. Dies beruht auf Verwechslung: es beruht auf der Verwechslung des Falles, wo eine Thätigkeit zwei äquipollente Interessen (das eigene und ein fremdes) befriedigt, mit dem Falle, wo eine Thätigkeit direkt nur das eine Interesse (das eigene oder fremde) befriedigt, dessen Befriedigung aber per consequentiam auf das weitere Interesse influirt. Consequent hätte man in fr. 48 pr. de usufr. die act. neg. gest. versagen müssen; Paullus hat es nicht gethan [4]) — auch Ulpian hätte es

---

1) Vgl. Bachofen, Röm. Pfandrecht S. 459.

2) Vgl. fr. 9 pr. de reb. auct. jud.

3) Vgl. fr. 9 § 2 eod.: sufficit igitur sine dolo erogasse, etiamsi nihil profuit erogatio ejus rei debitori.

4) In fr. 14 § 1 de reb. auct. jud. erwähnt Paullus einfach den

nicht gethan, wenn man ihm den praktischen Fall vorgelegt hätte; denn die Gründe haben bei den intuitiv schaffenden römischen Juristen wenig Gewicht.

Von besonderer Bedeutung wird die Frage im heutigen Versicherungsrecht. Wie, wenn der Proprietar oder der Usufruktuar die Sache versichert und die Versicherungssumme fällig wird? Die Versicherungssumme ist das Ebenbild des versicherten Interesses an der Sache, und darum ist das Recht auf die Versicherungssumme das Ebenbild der Interessenrechte, welche an der Sache obschweben. Die Versicherung involvirt daher nicht die Deckung des einen, sondern die Deckung beider Interessenrechte, sie ist daher eine Versicherung zu Gunsten des Versicherungsnehmers und zu Gunsten des anderen Berechtigten, sie ist eine Versicherung für zwei ganz verschiedene, von einander unabhängige Sachbeziehungen. Mithin kommt die Versicherungssumme beiden Berechtigten zu gute, und der andere Berechtigte, welcher seine Entschädigung nimmt, hat dem Versicherungsnehmer den entsprechenden Theil der Prämie zu vergüten; vgl. Appelhof Colmar 28./8. 1826 bei Dalloz, Répert. v. Assurances terrestr. nr. 69; vgl. auch Vivante, Contratto di assicuraz. I nr. 96, 88 f. und die Cit.

§ 12.

Gehört auch die Correalobligation zu den Fällen solcher bloß indirekten Influenzen, so daß, wenn der Eine zahlt, die Zahlung zwar auch die Übrigen befreit, aber nur indirekt und per consequentiam? Die Frage ist zu bejahen, wenn man den Correalschuldner nicht nur formell, sondern auch materiell als Selbstschuldner betrachtet, so daß eben mehrere Selbstschuldner

---

Ausschluß der actio neg. gest. durch die actio in factum in sehr bezeichnender Weise: omne, quod in actionem negotiorum gestorum veniret, si posset agi, restituendum a creditore.

einander gegenüberstehen, welche nichts weiteres mit einander gemeinsam haben, als daß die Lösung des einen Schuldnexus — unter bestimmten Voraussetzungen — den anderen löst, daß sie ihn löst, weil bezüglich aller dieser Schuldhaftungen nur eine actio gegeben ist. Von diesem formalen Standpunkte aus ist die Zahlung der Gesammtschuld durch den einen Sammtschuldner keine negotiorum gest. [1]), sie ist es nicht, es müßte denn in der Uebernahme der Verbindlichkeit selbst eine neg. gestio liegen [2]): denn wenn in der Uebernahme der Verbindlichkeit eine Gestion liegt, dann setzt sich das Gestionsverhältniß in der Zahlung fort, vgl. fr. 10 pr. § 10, fr. 15 de in rem verso. Ebenso liegt in der Zahlung auch kein Gemeinsamkeitsgeschäft, es wäre denn wiederum, daß die Uebernahme der Correalschuld ein Geschäft in gemeinsamem Interesse war, sofern der Gläubiger den mehreren nur unter Sammthaftung creditirt hat: hier wäre die Uebernahme ein Commungeschäft und dieses Communverhältniß würde sich in der Zahlung fortsetzen; von einem solchen Falle spricht c. 1 (2) de duob. reis stip.: juvare te adversus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur [3]).

1) Ebenso ist eine Negot. Gestio (in rem versio) ausgeschlossen, wenn eine filius familias seine eigene Schuld bezahlt, obgleich auch der Vater de peculio haftet, fr. 11 de in rem verso. Vgl. auch fr. 31 § 1 de nov.

2) Wie gewöhnlich bei der Bürgschaft. Unzutreffender Weise sagt Hasenbalg, Bürgschaft S. 712: „Will man nun behaupten, daß dem Schuldner schon ebenso, wie durch die Erfüllung der übernommenen Schuld von Seiten des Fidejussors, durch die Eingehung der fidejussio, durch die Uebernahme der fraglichen Verbindlichkeit genützt sei?! Das Ungereimte einer solchen Behauptung liegt offen zu Tage.“ Allerdings befreit die Uebernahme der Bürgschaft den Hauptschuldner nicht, aber sie nützt ihm, weil der Gläubiger ihm Credit gibt, den er ihm sonst nicht gäbe; weil er ihm Ausstand gewährt, den er ihm sonst nicht gewähren würde. Vgl. Hasenbalg selbst S. 713.

3) Eine solche Gemeinsamkeitsschuld lag auch dann vor, wenn der ge-

Dieser formale Standpunkt ist nun im Wesentlichen der Standpunkt des römischen Rechts; und, wie gewöhnlich, hat auch hier Julian die Entwickelung besiegelt, fr. 62 pr. ad leg. Falc.: Julianus ait. Daher versagt das römische Recht als Regel den Regreß des zahlenden Correalschuldners, es versagt ihn, weil die Befreiung seiner Mitschuldner nur als Consequenz seiner eigenen Befreiung gilt, so daß die Zahlung lediglich als Zahlung in eigenem, nicht als Zahlung in fremdem Interesse erscheint. Daher versagt es insbesondere auch den Regreß mehrerer Mitbürgen untereinander, da die Bürgschaftsübernahme nicht im gegenseitigen Interesse der Mitbürgen geschieht [1]) und daher unter ihnen kein Gestions- oder Communverhältniß begründet, § 4 J. de fidej., fr. 39 de fidej., c. 11 pr. de fidej.

Dieser formale Standpunkt genügte den römischen Juristen nicht, aber sie vermochten es nicht, sich völlig von ihm zu emancipiren. Ein Recht, welches eine lex Appuleja schuf (Gajus III 122), welches ein beneficium divisionis gewährte, konnte sich der Ansicht nicht verschließen, daß, wenn auch die Zahlung des einen Correalschuldners direkt nur die eigene formale Verbindlichkeit dieses Correalschuldners und erst per consequentiam auch die übrigen tilgt, diese Zahlung nichtsdestoweniger auf materielle Zwecke abzielt, welche der einen Schuld gerade so zu Grunde liegen wie der andern — oder welche die Schuld des einen noch in erhöhtem Maße durchdringen, als die des anderen. Eine tiefere Betrachtungs-

meinsame Sklave eine Schuld contrahirte: es war eine Schuld mit gemeinsamer Peculiarhaftung: aber ein jeder haftete für das ganze Peculienvermögen, auch für dasjenige, welches dem condominus gehörte; er hatte aber nach Antheil des Peculiarvermögens den Regreß; so Julian, welchem die Jurisprudenz folgte, fr. 25, fr. 9 comm. divid., fr. 27 § 8 de pecul.; fr 8 § 4 comm. div.

1) Insofern richtig Savigny, Obligationenrecht I S. 278.

weise, welche sich durch die formale Construction nicht beirren läßt, muß daher zur Erkenntniß gelangen, daß die Befreiung des Mitschuldners durch die Zahlung des einen Schuldners nicht in zufälliger Constellation der Verhältnisse, sondern in den Zwecken und Zielen des ganzen Correalinstitutes liegt; daß daher die formale egoistische Zahlung materiell eine Zahlung zu gemeinsamem materiellem Erfolge — oder gar zum materiellen Erfolge eines ganz anderen Correalschuldners ist, dem gegenüber sich die übrigen materiell lediglich in Bürgschaftsstellung befinden. Und diese Auffassung muß zum Regreß führen, zum Regreß nach Köpfen, ausnahmsweise zu einem Regreß nach anderen Antheilen — mitunter selbst zu einem Regresse gegen einen der Correalschuldner auf das Ganze. Das römische Recht ist nun allerdings zur Vollentwicklung dieses Gedankens nicht gelangt, obgleich es in dem beneficium cedendarum actionum und in anderen Bestimmungen bemerkenswerthe Ansätze bietet, vergl. fr. 1 § 13 tut., c. 2 contr. jud. [1]). Andere Rechte haben ihn weiter entwickelt, insbesondere das islamitische Recht [2]), und daß das moderne Recht den Beruf hat, auch hier den materiellen Rechtsgedanken zum Siege zu bringen, kann nicht dem mindesten Zweifel unterliegen; schon **Molinaeus** postulirte einen solchen Regreß, und gerade im französischen Rechte ist die materielle Theilung

1) Nicht hierher gehört die berühmte lex ex facto, fr. 29 de neg. gest., welche vielfach mißverstanden wird. Denn hier „ergibt" nicht etwa (wie Rudorff, Vormundschaft III S. 37 annimmt) „der Zusammenhang hinlänglich", daß von der act. neg. gest. contraria die Rede sei; vielmehr ist ganz sicher von einer act. neg. gest. directa die Rede, welche dem curator gegenüber dem subcurator wegen seiner schlechten Geschäftsführung zusteht — ganz ebenso wie dem Magistrat gegenüber dem Collegen, welchem er eine zunächst ihm zukommende Amtshandlung übertragen hat, die actio mand.; vgl. fr. 8 § 4 mand.

2) Vgl. meine Abhandlung in der Z.. f. vgl. Rechtswissensch. VI S. 217 f. Ueber das jüdische Recht vgl. Auerbach, jüd. Obl. R. S 610 f.

des Zahlungsinteresses zur Durchbildung gelangt [1]) — sogar in einem Maße, welches die Festigkeit des formalen Gefüges der Correalpflicht zu sprengen droht. Und insbesondere auch was die Bürgschaft betrifft, kann sich das heutige Recht mit den oben S. 72 f. 88 f. entwickelten Entscheidungen des Scävola und des Papinian, fr. 60 § 1 mand., fr. 8 de usufr. ear. rer., fr. 53 mand. nicht begnügen; sie sind insofern richtig, als sie die Gestionsnatur der Bürgschaft verneinen; aber auch wenn in der Bürgschaft an sich keine Gestion enthalten ist, kann in der Zahlung eine solche enthalten sein. Doch das Nähere würde uns zu weit in das Gebiet der Correalobligation führen, welches seiner besonderen rechtsvergleichenden Behandlung bedarf. Hier war nur hervorzuheben, wie das Princip von der Einheit und Getheiltheit des Interesses in dieser Lehre eine Rolle spielt.

§ 13.

Aus dem Gesagten dürfte hervorgehen, daß der Gesichtspunkt der Menschenhülfe allein im Stande ist, die Negot. Gestio ins richtige Licht zu stellen. Nicht auf den Einzelwillen, nicht auf die Verschränkung mehrerer einzelner Willen darf die Theorie der Rechtsgeschäfte gebaut werden: die Rechtsgeschäfte sind nach den socialen Zwecken und Zielen der Rechtsordnung zu characterisiren; ebensowenig, als die Volkswirthschaftslehre, darf die Rechtswissenschaft eine individualistische bleiben: in der Rechtswissenschaft wie in der Nationalökonomie ist es der größte Fehler, wenn man verkennt, daß der Einzelne lediglich das Organ eines großen Ganzen ist.

Hier darf noch schließlich einiger Ausläufer des Instituts gedacht werden. Denn wie alle fruchtbaren Rechtsgebilde, hat

1) Man fingirte eine vertragsmäßige Subrogation, eine cessio actionis; vgl. über diese Entwicklung namentlich Pothier, Traité des obligations II ch. III a. 8 § 5.

dasselbe einen erweiterten Wirkungskreis gewonnen, sofern es nicht nur die ihm entsprechenden Bedürfnisse des Lebens befriedigt, sondern auch neue Gebilde, neue segenbringende Institute erzeugt hat. Und in der That, das Institut der Menschenhülfe ist so ausgiebig, es greift so tief in alle Gebiete des socialen Lebens ein, daß es die Möglichkeit bot, die Construction von Verhältnissen anzubahnen, welche einem ganz anderen Kreise socialer Ideen angehören.

Es ist keine Menschenhülfe, wenn Jemand widerrechtlich in meine Interessen eingreift, nicht um mich zu unterstützen, sondern um mich zu spoliiren [1]). Aber die Rechtsordnung kehrt den widerrechtlichen Willen gegen den Thäter und sagt: du kannst in keiner Weise besser behandelt werden, als wenn du deine Thätigkeit in einer meinen Interessen förderlichen Weise ausgeübt hättest: hättest du es gethan, dann läge negotiorum gestio vor und du würdest mit der actio neg. gest. directa haften; du wärest haftbar für sämmtlichen Gewinn, welchen du gezogen, du bist es auch jetzt: nihilominus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione: so fr. 5 § 5 de neg. gest. — es ist der gleiche Satz wie der Satz des englischen Equityrechts, daß der Spoliant haftet, als wäre er der trustee des Spoliirten; ein Satz, welcher in Deutschland noch nicht diejenige allgemeine Anerkennung gefunden hat, welche wünschenswerth wäre [2]). Allerdings ist diese Anwendung des Gestionsgedankens eine relative: der Uebelthäter hat die Verpflichtung, er hat nicht die Berechtigung

1) Uebrigens kann der Gedanke auch im Falle der gutgläubigen Ausbeutung fremden Vermögens zutreffen, vgl. Reichsoberh. Gericht 13./9. 1877 Entsch. XXII S. 338 f., auch 7./1. 1874 ib. XII S. 180 f. 189; doch wird er hier oftmals durch andere Rücksichten (gutgläubigen Fruchtgenuß u. dgl.) gekreuzt.

2) Vgl. mein Patentrecht S. 457 f., mein Autorrecht S. 309 f. (diese Jahrb. XVIII S. 438 f.), mein Recht des Markenschutzes S. 360 f.

aus der Gestion, denn seine Thätigkeit ist ja kein Rechtsgeschäft, sie ist ein Delict; ein Ersatzanspruch steht ihm daher nur insofern zu, als ein solcher ohne Rechtsgeschäft gewährt wird — ein Ersatzanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung, fr. 5 § 5 de neg. gest., c. 5 § 1 de rei vind., und auch dieser wird dann versagt, wenn ein furtum, eine Entwendung beweglicher Sachen vorliegt, vergl. c. 1 de infant. expos., fr. 13 de cond. furt.

So konnte die Rechtsordnung die eigenen Waffen des Uebelthäters gegen ihn selbst kehren: je eifriger er sich bemühte, aus der fremden Sache unberechtigten Gewinn zu schöpfen, in je größerem Maßstabe er sein Ausbeutungssystem betrieben hat, um so kräftiger tritt die Rechtsordnung ein, und der unberechtigte Gewinn wird bis in seine letzten Ausläufer verfolgt[1]). Wie dürftig wäre der Schutz, wenn dem Verletzten lediglich das ersetzt würde, um was er geschädigt wurde, d. h. was er mit dem spoliirten Gute hätte erwerben können, — und wenn dem Spolianten der darüber hinausgehende Gewinn verbliebe — der Gewinn, welcher vielleicht diese Entschädigung dreifach übersteigt: dann wäre eine Spoliation immer noch ein lohnendes Geschäft und die Rechtsordnung stünde wehrlos den Mächten des Unrechts gegenüber[2]). Vergl. noch fr. 32 und fr. 48 de neg. gest.

---

1) Die actio neg. gest. directa gewährt auch den Vortheil, daß sie auf Rechnungsstellung gerichtet werden kann; vgl. Reichsoberhand.Gericht 13./9. 1877 Entsch. XXII S. 338 f.

2) Mit der actio neg. gest. läßt sich auch abhelfen, wenn beispielsweise Jemand sich ohne Billet in das Theater oder Concert einschmuggelt, unberechtigtermaßen Waaren zu Schiffe mit sich führt, oder überhaupt eine Anstalt benutzt, ohne den dafür festgesetzten Preis zu bezahlen. Er muß sich behandeln lassen, als ob er im Interesse der Anstalt gehandelt hätte, und muß den üblichen Preis, und wenn verschiedene Preise üblich, den höchsten entrichten. Man vgl. fr. 12 § 2 de usufr., in Verbindung mit

Das Gesagte ist dann von besonderer Bedeutung, wenn die Ausbeute des Spoliators durch ein Rechtsgeschäft erfolgte, welches der Dominus redressiren könnte, welches er aber ratihabirt; so insbesondere, wenn der Spoliator die Sache veräußert oder Forderungen einzieht, c. 3 § 1 de rei vind., c. 9 und 19 de neg. gest. Vgl. auch oben S. 101 No. 3.

Aber auch nach anderer Richtung hat das Institut Ansätze zu gedeihlicher Weiterentwickelung geboten. Geschäfte zu Gunsten Dritter konnten sich unter die Kategorie der negot. gestio bergen; man konnte den Verpflichteten als einen Gestor des Dritten behandeln, und der Dritte hatte die act. neg. gest., dies namentlich, wenn es sich um einen Transport an einen bestimmten Destinatär handelt: der Destinatär, an dessen Adresse der Transportvertrag gerichtet ist, konnte als dominus negotii, der Frachtführer als Gestor behandelt werden: der Destinatär hatte daher einen direkten Anspruch auf das Frachtgut, das Problem des Transportvertrages in favorem tertii war gelöst [1]) — allerdings noch nicht in vollkommener Weise. Der Verkehr verlangt, daß der Destinatär mit einem bestimmten Zeitpunkte gegen den Frachtführer einen Anspruch erlangt, unabhängig von dem Revocationsrechte des Absenders, daß er ihn erlangt vor Vollausführung des Frachtauftrages, vor Uebergabe der Waare. Nach den Grundsätzen der Negot. Gestio aber, wie sie oben S. 78 f. entwickelt wurden, müßte man sagen: im Widerstreit zwischen der actio mandati (bezw. ex locato conducto) und zwischen der actio neg. gestorum directa

---

fr. 5 § 5 de neg. gest. Dieser Grundsatz ist im Seerecht schon von alters her anerkannt; vgl. Consulat der See c. 68 (Pardessus, Collect. II p. 115 f.); vgl. Handelsgesetzbuch a. 565. Auch die wissentliche Einziehung einer fremden Forderung gehört hierher, Reichsgericht 14./10. 1884 Seuffert XL 108.

1) Vgl. über dieses Problem auch Duverdy, Traité du contrat de transport p. 20.

geht die erstere vor, da die Gestion nach Maßgabe des Auftrags übernommen wurde (vergl. fr. 22 § 10 mand. und oben S. 79). Man müßte daher im Widerspruch mit dem Gestionsrechte von einem bestimmten Zeitpunkte an die actio neg. gest. directa prävaliren lassen, um den Postulaten des Verkehrs zu entsprechen — diese Postulate aber befriedigen sich auf die einfachste Weise durch Aufstellung des Vertrags zu Gunsten Dritter. Dies ist die Construction des heutigen Rechts. Immerhin war die römische Construction ein Aushülfsmittel, und ein Aushülfsmittel, dessen sich die Römer bedienen konnten, um in ihrer Sphäre die Rechte des Adressaten gegenüber dem Frachtführer [1]) zu regeln, fr. 5 § 4 de neg. gest. [2])

Ebenso konnte man mit Hülfe unserer Rechtsfigur den Mangel der Stellvertretung verdecken [3]): zunächst konnte der procurator nur in eigenem Namen, er konnte nicht im Namen seines Herrn contrahiren, aber man konnte seinen Mitcontrahenten als Gestor gegenüber dem Dominus ansehen, man konnte ihm die Gestionsklage gegenüber dem Herrn geben, fr. 5 § 3, fr. 30 pr. de neg. gest. [4]) — und es entwickelte

---

1) Ueber solche Frachtverträge bei den Römern vgl. auch Petron., sat. 101: Lichas Tarentinus . . . onus deferendum ad mercatum conducit.

2) Aehnlich hat man einen Vertrag zwischen dem Verkäufer und dem Käufer, wornach dieser den Pachtvertrag aushalten soll, als negot. gestio zu Gunsten des Pächters für wirksam erklärt; AG. Celle 2./10. 1872 Seuffert Arch. XXVIII 22.

3) Vgl. zum Folgenden auch Ruhstrat, Die negot. gestio des dritten Kontrahenten (aus dem Magazin f. d. deutsche Recht der Gegenwart III 1).

4) Fr. 30 pr. ist aus Papinian's l. 2 resp. Vgl. über die Stelle Cujac. in l. II Respons. Papin. (Ed. Mut. IV p. 805 f.; ferner Ruhstrat, Arch. f. civ. Prax. XXXIII S. 37 f., und in der eben erwähnten Schrift S. 12 f. Ueber das fr. 5 § 3, welches nicht von Julian, sondern von Ulpian herrührt, s. oben S. 86 f.

sich die actio ad exemplum institoriae. Bekanntlich war es Papinian's Scharfblick, dem vorzüglich dieser Fortschritt zu verdanken war; im zweiten Buche seiner Responsen lehnt er sich an die actio neg. gest. an: negotiorum gestorum actio... ad exemplum institoriae actionis; freier ist er im dritten Buche der Responsen, wo er sich dieser Krücke entledigt, fr. 19 pr. de instit. act., fr. 13 § 25 de act. emt. vend., fr. 10 § 5 mand.; vergl. auch Paullus in fr. 16 de instit. act.[1]). Man konnte fürder dieser Krücke entbehren: Wenn schon die (unvollkommene) Vollmachtssituation des Procurators an und für sich eine Action gegen den Dominus erzeugt, eine actio quasi institoria, so bedarf es nicht mehr des Nachweises, daß das Geschäft im Interesse des Dominus eingegangen ist; die actio quasi institoria würde ja auch gelten, wenn das Geschäft das Interesse des Dominus gar nicht berührte — wenn es nur innerhalb der Vollmacht läge. Die actio negot. gest. wird daher durch die Institorienklage consumirt, sie wird consumirt, wie oben durch die Mandatsklage, und es kann ihr daher eine so weite Bedeutung, wie Ruhstrat annimmt, nicht zugestanden werden. Wohl aber kann sie immer noch von Wichtigkeit werden, wenn dem Procurator, welcher die Geschäfte des Dominus führt, eine Vollmacht nicht zur Seite steht. Allerdings hat in diesem Falle der Dritte, welcher mit dem Procurator contrahirt, gegen den Dominus die actio de in rem verso[2]), aber nur bis zur Bereicherung, fr.

---

1) Aus Paulli l. 29 ad Edictum. Dasselbe kann allerdings vor Papinians l. 2 und 3 Respons. geschrieben sein; doch sind die Responsen Papinians jedenfalls viel früher gegeben worden, als sie von dem größten Casuisten aller Zeiten zusammengestellt worden sind.

2) Vgl. auch Oberst. Gerichtsh. München 16./4. 1873 Seuffert XXXIII 22. Vgl. auch Rocholl, Rechtsfälle I S. 83 f.

82 pro socio, c. 7 § 1 quod cum eo [1]). Hier ist es daher immer noch von Bedeutung, daß der Dritte, wenn seine Intention zugleich auf die Geschäfte des Dominus gerichtet ist, auch die Gestionsklage gegen den Dominus hat, daß er sie hat nach Maßgabe des mit dem Procurator abgeschlossenen Vertrags, weil bereits in diesem Vertrag, nicht erst im Vollzug desselben eine Negot. Gestio erblickt werden kann. Vorausgesetzt ist natürlich, daß der Mitcontrahent davon weiß, daß das Geschäft nicht für den Procurator, sondern für einen Dritten ist [2]); denn falls er dies nicht weiß, kann zwar seiner Zeit in der Ausführung des Vertrages eine Gestion zu Gunsten eines Dritten enthalten sein, nicht aber in dem Vertrage selbst. Wenn also der Glaser auf Bestellung des A die Reparatur von Fensterscheiben übernimmt, so liegt in der Vertragschließung des Glasers keine Negot. Gestio zu Gunsten des Eigenthümers der Scheiben, er müßte denn von dem Eigenthum des Dritten wissen und auch für ihn handeln wollen — sofern dagegen der Glaser die Fenster reparirt, führt er die Geschäfte desjenigen, welchem die Fenster gehören, sollte derselbe auch eine andere Person sein, als der Glaser vermeinte. Der Grund ist einleuchtend: die

---

1) Vgl. hierzu auch Witte, Bereicherungsklagen S. 265 f. Die Annahme, daß in diesen Stellen lediglich von einer actio negot. gest. die Rede sei, ist verfehlt. Nicht daß das Geschäft von dem Dritten contemplatione domini abgeschlossen wird, ist maßgebend, sondern daß in rem ejus pecunia processit. Vgl. neuerdings Dernburg, Pand. II S. 40 f.

2) Vgl. OLG. Braunschweig 11./1. 1884 Seuffert XXXIX 299. Vgl. auch das Nassauer Erkenntniß 10./9. 1873 Seuffert XXIX 20: „Hat der Kläger bei dem Vertrage die Absicht gehabt, für den Dritten zu handeln, dann hat er unter den sonstigen Voraussetzungen die Klage aus der auftragslosen Geschäftsführung (actio negotiorum gestorum contraria), welche weder die Bereicherung des Dritten noch die Ratihabition des Geschäftes durch denselben verlangt. Ist dagegen die eine oder andere dieser letzteren Voraussetzungen vorhanden, dann hat er auch, wenn er das Interesse des Dritten bei dem Vertragsschluß nicht kannte, die Contractsklage (actio utilis) gegen ihn".

Ausführung der Reparatur erweist sich als etwas Objectives, einem jeden Eigenthümer von selbst Zukommendes. Der Reparaturvertrag dagegen schwebt noch vollständig zwischen den Contrahenten und kann durch Gegenvertrag zwischen beiden jeden Augenblick außer Kraft gesetzt werden, ohne daß ein Dritter dagegen Einsprache zu machen hätte [1]). Mit dem Vollzug des Arbeitsvertrags objectivirt sich die Thätigkeit des Handwerkers: re ipsa tritt sie aus der Sphäre einer bloßen intercontractuellen Vertragserfüllung hervor zu einer von den Contrahenten unabhängigen Zweckleistung. Darum ist der Vollzug des Auftrages eine negot. gestio zu Gunsten des dritten Dominus, auch wenn der Handwerker den dritten Dominus nicht kennt; der Vertrag selbst aber kann eine neg. gestio nur sein, wenn er in Bekanntschaft der außercontractlichen Interessen des Dritten eingegangen worden ist.

V. Belohnung.

Sollte es mit dem Ersatz der Auslagen abgethan sein? Sollte nicht die Menschenhülfe zu einer gesetzlichen Belohnung berechtigen, zu einer Belohnung, welche nach Befund der Sache, nach der Wichtigkeit des Effektes, nach der Größe der Arbeit, nach der Höhe der Gefahr abzuschätzen ist [2])?

Hierbei ist zunächst das eine sicher, daß das Recht den Bogen nicht zu hoch spannen darf. Auch bei der höchsten Art der Menschenhülfe, bei der Rettung des Lebens darf das Recht nicht die Prätention erheben, eine Belohnung zu ge-

1) Vgl. den Fall bei Vivante, contr. di assic. I nr. 89.

2) Richtig bemerkt Dargun, Egoismus und Altruismus S. 59, daß der Altruismus mit wirthschaftlicher Entgeltlichkeit vereinbar ist; ja ich möchte beifügen, daß solche wirthschaftliche Entgeltung gerade ein Hauptstimulant altruistischer Thätigkeit ist. Egoistisch ist hier der Belohnungserfolg, die Thätigkeit bleibt altruistisch.

währen, die mit dem Erfolge der Leistung auch nur einigermaßen im Gleichgewicht steht — und doch sind mehrere Rechte davon ausgegangen — eine der interessantesten Seiten der Rechtsgeschichte enthüllt sich uns: der Gerettete verfällt ursprünglich dem Lebensretter, wie der losgekaufte Gefangene dem Loskäufer [1]); er gehört ihm, solange er sich nicht durch den Lebenspreis, durch das Wergeld von ihm löst. Insbesondere sind orientalische Seerechte von diesem Gedanken getragen, und wir finden es bereits als eine Milderung hervorgehoben, daß der Loskaufspreis eine bestimmte Summe nicht übersteigen darf; im übrigen ist die Summe um so höher, je imminenter die Lebensgefahr ist, in welcher der Gerettete schwebte: war er auf einer Insel, wo er Lebensmittel fand, so ist der Preis geringer, als wenn er von einem Riffe gerettet worden ist, auf welchem er in kurzem verhungert oder von den Wellen hinweggespült worden wäre [2]). Hieraus ist der gesetzliche Rettungslohn geworden: aus dem Loskaufspreis wurde eine Belohnung der thätigen Menschenhülfe. Ein höchst interessanter Ausdruck des alten Gedankens ist es, wenn nach der sog. Rhodischen Compilation auch die geretteten Personen — nicht nur die geretteten Waaren beitragen müssen, um den Werth der geworfenen Sachen zu decken [3]).

Allerdings ist die heutige Gesetzgebung diesem Lohnanspruche gegen die gerettete Person nicht sehr günstig gewesen. Eine Beitragspflicht des geretteten Passagiers für die geworfenen Waaren ist nicht statuirt, nicht einmal die Reiseeffekten

---

1) Aehnlich im birmanischen Rechte, vgl. meinen Aufsatz, Z. f. vgl. Rechtsw. VI S. 184, im malaischen Seerecht, vgl. meinen Aufsatz im Goldschm. Z. XXXII S. 78.

2) Vgl. meinen cit. Aufsatz in Goldschm. Z. XXXII S. 78.

3) Pardessus, Collection I p. 243, 253: an letzterer Stelle heißt es: οἱ ναῦται καὶ οἱ ἔμποροι καὶ τὰ φορτία καὶ τὸ πλοῖον σωθέντα εἰς συμβολὴν ἐρχέσθωσαν.

sollen conferiren, a. 725 H. G. B.; und ein Berge- oder Hülfslohn gegen die geretteten Personen als solche kennt unsere Gesetzgebung nicht [1]) — obgleich in manchen occidentalen Rechten betont wird, daß, wenn die Beihülfe Personen und Sachen zugleich geleistet wird, derjenige, welcher sich der Personenhülfe widmet, in der Betheiligung an dem Hülfs- oder Bergelohn gegenüber denjenigen Personen, welche Sachhülfe geleistet haben, nicht zurücksteht [2]). Das ist das Mindeste, was die Rechtsordnung dem Lebensretter bieten kann; aber es ist wenig, es ist viel zu wenig; der Idealismus des Rechts muß mit den realen Verhältnissen rechnen. Und wenn der Antwerpener Congreß a. 44 aufstellt: Les passagers dont la vie a été sauvée ne doivent pas contribuer à la rémunération spéciale d'assistance, so ist dies kein richtiges System; mindestens müßte auf anderem Wege für die Vergütung der Personenhülfe gesorgt werden [3]).

Noch deutlicher läßt sich die Entwickelung bei dem Strandgute verfolgen. Daß das Strandgut ursprünglich dem Finder gehörte, ist ein Satz grauer Vorzeit, der bis weit in die Tage der Kultur hineinragt; das Strandgut ist ursprünglich dem Strandbewohner geweiht — selbst der verunglückte Seemann fällt am Altare der fremden Gottheit. Zu den interessantesten

---

1) Ueber das deutsche Recht vgl. Schröder in Endemanns Handb. d. Handels-R. IV S. 292. 294.

2) So das deutsche Handelsgesetzb. a. 750: „Zur gleichmäßigen Theilnahme sind auch diejenigen berechtigt, welche in derselben Gefahr der Rettung von Menschen sich unterzogen haben." Nach englischem Recht geht der Anspruch der Personenretter vor, Merch. Shipping Act. s. 458. 459. Vgl. auch Entscheid. des High Court 27./11. 1877 Journ. du droit intern. privé V p. 287.

3) Nach der Merch. Sh. Act. kann, wenn die geretteten Gegenstände nicht ausreichen, um für die Personenhülfe genügenden Ersatz zu bieten, das Board of Trade mit Staatsmitteln aushelfen. Vgl. darüber auch Sainctelette, assist. marit. p. 22 f.

Zügen der Seerechtsgeschichte gehört es nun, wie dieser Grundsatz zurückgedrängt, wie das fortdauernde Recht des Eigenthümers allmählich immer mehr anerkannt wurde — und aus dem Eigenthum des Finders ging der Anspruch auf gesetzlichen Hülfs- und Bergelohn hervor [1]). Ich würde an dieser Stelle zu Unrecht meinem historischen Hange nachgeben, wollte ich die Geschichte dieser Entwicklung skizziren. Erwähnt sei hier nur beispielsweise die lex Utinensis XXIV 7: daß die gestrandeten Sachen dem Eigenthümer verbleiben, wird hier vorausgesetzt und quicumque homo qui de ipsa rem, quod ibidem cum ipsa nave perierat, aliqua exinde ipsa rem aut, si ipsa naves liberare potuerit, juxta legem ille qui exinde de ipsa rem liberaverit, mercedes accipiat [2]). Dieser Hülfs- und Bergelohn ist im modernen Rechte geblieben [3]), er wird bleiben; die Höhe desselben ist natürlich arbiträr; sie ist zu bestimmen nach dem Resultat, nach der Hülfsarbeit, nach der Gefahr, Deutsches Handgesb. a. 744 [4]).

1) So bestimmt der noch heutzutage gültige a. 27 der französischen Ordonn. v. 1681 l. IV titre 9: si ... les effets naufragés ont été trouvés en pleine mer ou tirés de son fond, la troisième partie en sera délivrée incessamment et sans frais, en espèce ou en deniers, à ceux qui les auront sauvés .... Der sauveteur bekommt zwar nicht mehr das Ganze, wohl aber noch $1/_3$. So auch schon das frühere Recht laut Ordonnance v. 1543. Vgl. auch Demangeat im Journal du droit intern. privé XII p. 143 f. 146, und Urtheil des französischen Cass.-Hofs 6./5. 1884 ib. XI p. 512 f. 517 f.

2) Vgl. Schupfer, l'allodio p. 114. Treffend verweist derselbe p. 113 auch auf die pactio Sicardi (des Beneventanerherzogs) von 836 c. 13, worin Sicherheit des Eigenthums und der Person in der Seenoth garantirt wird.

3) Vgl. beispielsweise Lübecker Oberhof 1482 (Michelsen, Oberhof S. 217). Auch auf Sachen, die aus dem Fluße geländet wurden, dehnte man das Princip des Bergelohnes aus; z. B. Eddersheimer Weisthum 1453 (Grimm, Weisth. I S. 558).

4) Vgl. auch den Antwerpener Congreß v. 1885 a. 44 (Journ. du droit intern. privé XII p. 626. 638); Antwerpener Urth. ib. XIII p. 374.

Dieselbe Erscheinung läßt sich auf dem Gebiete des interterranen Findens verfolgen. Die gefundene Sache gehört ursprünglich ganz oder zum Theil dem Finder — bei der Entdeckung des Schatzes ist es ja bis im modernen Rechte hierbei geblieben [1]); und nach chinesischem Recht erhält jetzt noch der Finder die Hälfte der Sache als Finderlohn [2]); und wenn sich der Eigenthümer nicht meldet, verfällt noch heutzutage die Sache dem Finder — einen wichtigen Concurrenten hat er allerdings im Laufe der Entwickelung — den Fiscus, und dieser hat im chinesischen Recht seine Ansprüche schon frühzeitig geltend gemacht — im 11. Jahrh. v. Chr. [3]). Der Finderlohn ist die richtige Mitte, um welche die Entwickelung oscillirt, er ist eine völlig gerechtfertigte Schöpfung des Rechts: er verbindet den Realismus des Lebens mit der Idealität der Menschenhülfe: es ist ein übergroßer Idealismus, wenn manche Rechte dem Finder eine gratuite Wiedergabe ansinnen, wenn sie seine volle Ehrlichkeit verlangen und ihn für seine Mühewaltung leer ausgehen lassen [4]). Dem Finder steht gleich,

1) Manche Völker allerdings verwerfen auch das Schatzfinderrecht und lassen den Schatz dem Eigenthümer des Grundstücks oder dem Erben desjenigen, welcher nach Wahrscheinlichkeit den Schatz vergraben hat, zukommen. Man vgl. bezüglich des jüdischen Rechts Fassel, mosaisch-rabbin. Recht I S 200 f. Ueber das armenische Recht ist an einer andern Stelle zu handeln.

2) Vgl. meinen Aufsatz in der Z. f. vgl. Rechtsw. VI S. 352.

3) Aehnliche Tendenzen des deutschen Rechts sind bekannt; vgl. z. B. Sachsenspiegel II 37 § 3, Schwabensp. (Laßberg) c. 347, Kaiserrecht II 40; dazu Gosen, Privatrecht nach dem kleinen Kaiserrecht S. 70 f.; Weisthum Burgau (Grimm, Weisth. I S. 200), Fischbach (ib. I S. 776) Liesdorf (ib. II S. 14) u. s. w.

4) Das römische Recht bedarf keiner Ausführung; bekanntlich verwirft fr. 43 § 9 de furt. den Anspruch auf Fundlohn: non probe petat aliquid Das jüdische Recht kennt keinen gesetzlichen Finderlohn, Fassel, mosaisch-rabbinisches Recht I S. 197. Das deutsche Recht hat schon in frühen Stadien einen Finderlohn gewährt; so lex Visigoth. VIII 5 § 7: per sin-

ja ihm geht vor, wer die Sache den Dieben und Räubern abjagt, denn sein Dienst ist ein noch wichtigerer, seine Aufopferung eine noch weit größere [1]).

Ueberhaupt ist die Belohnung des Lebensretters, die Belohnung des Finders, des Helfers in der Seenoth und des Strandbergers ein dringendes Postulat des Rechts. Ferne sei es, daß die Rechtsordnung das Gebiet der Sittlichkeit völlig absorbiren und die Principien der Dankbarkeit in Gesetzesparagraphen fassen wollte. Die Rechtsordnung kann immer nur einen Ausschnitt der Sittenordnung für sich appropriiren — das aber kann sie, und die ganze Entwicklung des Rechts drängt dahin, immer größere Gebiete der Sittlichkeit in seinen Bereich zu ziehen, während auf der andern Seite die Sphäre der Sittlichkeit sich immer mehr erweitert und stets neue Gebiete erobert — so repräsentirt der Kulturfortschritt eine ständige Steigerung des Idealismus, und damit eine ständige Steigerung des in den Idealismus sich hineinflechtenden Realidealismus — der Realidealismus aber ist das Recht. Man sage immerhin, Dienste, wie Lebensrettung lassen sich nicht realiter belohnen und ein Wergeld, ein Lebenspreis wi-

gula capita majora quaternas siliquas ille, qui invenerit, accipiat et, quantum in substantia ipsius caballi expendisse juraverit, a domino caballi recipiat. Vgl. dazu Schupfer, Allodio p. 113. Spätere Rechte sind spärlicher; vgl. Delbrück in diesen Jahrb. III S. 11 f. 33 f., woselbst auch über die neueren Legislationen.

1) Daher Sachsensp. II 37 § 2: Is aver jene von eme anderen gerichte des dat gut is, so behalt he's den dridden deil, die 't den dieven oder den roveren afgejaget hevet; Görlitzer Landrecht c. 47 § 10; Richtsteig Landrechts c. 15 § 1: so vrage de dat afjagede, wat he des vor sin arbeit hebben scole. So vintme den drudden del. Ueber denjenigen, welcher einen fugitivus ergreift vgl. lex Burgund. VI 1: si quis fugitivum intra provincias ad nos pertinentes corripuerit, pro fugitivo solidum I accipiat. Et si fugitivus ille caballum secum ducit, pro caballo semissem, pro equa tremissem accipiat . . . .

verspreche unserer Rechtsanschauung: richtig, aber viele Dienste lassen sich nicht belohnen, sofern man unter der Belohnung ein fixes Aequivalent der Dienste erblickt [1]); daraus aber, daß eine äquivalirende Belohnung unmöglich ist, folgt nicht, daß eine Belohnung überhaupt nicht stattfinden soll [2]). Dies wäre jene Art des mißverstandenen Idealismus, welcher Gelehrte, Künstler, Wohlthäter der Menschheit der Armuth preisgeben würde, weil ihre Dienste so hoch stehen, daß sie nicht zu äquivaliren sind [3]); es wäre eine unrichtige Maxime, daß man nichts geben solle, wo man nicht genug zu geben vermag; es wäre die Maxime, daß man das Ideal aufgeben solle, wenn es nicht erreichbar ist. Aber wenn auch das Ideal nicht erreicht werden kann, so ist das Streben nach diesem Ziele die Aufgabe des Menschen: gerade darin besteht das richtige Menschenstreben, daß es sich immermehr den idealen Zielen annähert, und wer die höchste Idee nicht erlangen kann, soll

---

1) Vgl. auch Seneca de benef. VI 15 bezüglich des medicus und des praeceptor: his non rei pretium, sed operae solvitur, quod deserviunt, quod a rebus suis evocati nobis vacant.

2) Paullus, Sent. V 11 § 6 erkennt die Lebensrettung als inästimablen Dienst an: contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit. Aber daraus schließt er mit Recht nur, daß die Belohnung eine möglichst ausgiebige sein solle: die Schenkung an den Lebensretter soll den Schranken (der lex Cincia) bezüglich der Schenkungshöhe nicht unterworfen sein — wenn man eine solche Schenkung überhaupt noch als Schenkung, wenn man sie nicht vielmehr als Belohnung einer ausgezeichneten Leistung zu bezeichnen hat: si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est. Dies der klare Gedankengang des Paullus, welcher in fr. 34 § 1 de don. bedeutend verdunkelt ist. Vgl. auch Savigny, System IV S. 97 f.

3) Vgl. auch Papinian in fr. 27 de donat.: non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum. Allerdings statuirt Ulpian in fr. 1 de variis cogn. einen übertreibenden Idealismus, welcher in unseren Zeiten des individualistischen Drängens gerade zum Untergange der idealen Güter führen würde.

mindestens darnach ringen, ihr immer näher zu kommen. Wie dürftig ist beispielsweise unser deutsches Entschädigungsrecht gegenüber dem französischen und englischen, weil wir erst angefangen haben, neben dem realen Schaden auch die ideale Schädigung, die Seelenangst, die Pein des Innern und die Qual durchwachter Stunden mit in den Entschädigungsnexus zu ziehen. Auch hier hat wieder der Satz von der Incommensurabilität, von der Unmöglichkeit der Aequivalirung u. s. w. unsere Postulate zu durchkreuzen versucht. Aber was nicht völlig erreicht werden kann, soll doch erstrebt werden; sonst könnte die ganze Rechtsordnung abdiciren, weil sie ihr letztes Ziel doch nicht völlig erreichen kann; sonst müßte auch die Geldentschädigung wegen verletzter materieller Interessen verworfen werden; denn auch materielle Schäden lassen sich vielfach nicht vollständig äquivaliren.

Der Mangel einer Belohnungsrechtspflicht aber hat seine höchst mißlichen Seiten: er stellt den Helfer in der Noth völlig in die Discretion des Geretteten; er läßt es geschehen, daß eine Person, welche eine Fülle von Lebensgenuß der opferfreudigen That eines Anderen verdankt, in ihrem Lebensgefühle schwelgen darf, ohne daß ihr die Rechtsordnung Rechenschaft auferlegt gegenüber jener hochherzigen That, deren Held vielleicht im bittersten Elende schmachtet; oder daß ein edelmüthiger Thäter von einem herzlosen Erben vor die Thüre gesetzt wird, nachdem der Gerettete gestorben ist, welcher ihm dankbarst Schutz und Unterkunft gewährt hatte; schon die Alten kannten solche Fälle, schon Papinian mußte solch' schnödem Undank entgegentreten (fr. 27 de donat.). Wie man sieht, der Idealismus der Sittlichkeit, welcher alles in das freie Gefühl des Geretteten stellt, schlägt in das Gegentheil um[1]), er führt zu einem sittlichen Mißverhältnisse, wel-

1) So sagt auch Sainctelette, assist. marit. p. 23, man dürfe

ches so schreiend ist, daß das Maß des rechtlich Erträglichen weitaus überschritten wird: das Recht kann viele Unsittlichkeit ertragen, aber bei weitem nicht alle. Auch darf der Egoismus zwar nie der Hauptanreiz für die That des Lebensretters bilden, aber immerhin darf die Sache nicht so gestaltet sein, daß der Idealismus durch entgegengesetzte Rücksichten gelähmt wird. Schon in anderen Punkten hat sich die Rechtsordnung genöthigt gesehen, die Pflichten der Dankbarkeit in ihren Bereich zu ziehen. Ich erinnere an die Revocation der Schenkung oder der Freiheit wegen Undankes, an die besondere Behandlung des Lebensretters bei der Schenkung [1]), bei der Adoption [2]) u. s. w. Ein sachgemäßer Anspruch auf Belohnung desjenigen, welcher Leib und Leben eines Andern aus einer imminenten Gefahr gerettet hat, scheint uns ein dringendes Postulat des Rechts zu sein. Die Belohnung würde natürlich dann cessiren, wenn der Lebensretter selbst vorher widerrechtlich die Gefahr herbeigeführt [3]), oder wenn er sich speciell zu dieser Hülfeleistung im Voraus verbunden hätte [4]), oder wenn durch sein Ungeschick der Tod in anderer Weise eingetreten wäre, die Rettung daher keine definitive war [5]).

---

nicht zulassen, daß ce qui fut à l'origine le cri superbe de l'orgueil patricien finisse honteusement à l'état de devise des mauvais plaideurs.

1) Vgl. fr. 34 § 1 de donat, Vgl. oben S. 135 No. 2.

2) Vgl. Code civ. a. 345: celui qui aurait sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots.

3) Vgl. Sainctelette, assistance maritime p. 19. Arg. auch fr. 13 § 22 de act. emt. vend., fr. 58. 59 leg. I; Leist, Civ. Studien II S. 47. 130.

4) Es ist ebenso, wie nach a. 742 Hand.-Gesb. die Besatzung des verunglückten Schiffs keinen Anspruch auf Bergelohn hat. Auch ein öffentlicher Beamter, zu dessen Dienstobliegenheit die That gehört, hat keinen Anspruch auf Belohnung. Vgl. Sainctelette p. 20 f. und das Citat daselbst.

5) Vgl. analog die Entscheidung des englischen High Court 26./6.

Das Postulat eines Belohnungsanspruchs des Lebensretters wäre insbesondere dann stringent, wenn der Lebensretter selbst dabei einen schweren Verlust erlitten, wenn er etwa selbst dabei verwundet oder gar verstümmelt worden wäre — und eine Belohnung für seine Erben, im Fall er dabei sein Leben verlöre, wäre ein Gebot des dringendsten Rechtsgefühls. Dies führt uns noch zu einer letzten Seite der Negot. Gestio.

Eine Belohnung für alle und jede Art der Negot. Gestio würde sich bei der Complication der Umstände kaum statuiren lassen; wohl aber eine Belohnung in gewissen Verhältnissen. Die einzelnen Fälle des Lebensretter-, Fund-, Bergelohnes heben sich als besonders eclatante Züge aus dem Ganzen hervor. Auch in denjenigen Fällen ist eine Belohnung begründet, wo es sich um eine Leistung handelt, welche zu der gewerblichen Thätigkeit des Gestors gehört, wie die Leistung des Kaufmanns, des Arztes, des Advocaten, weil hier die Thätigkeit wie eine pecuniäre Ausgabe zu betrachten ist: die gewerbliche Leistung ist eine Ausgabe aus dem gewerblichen Kapitalfond, welchen der Mann des Gewerbes in sich und seinem Geschäfte trägt; daher führen hier bereits die gewöhnlichen Grundsätze der Negot. Gestio zu einer Belohnung, welche der üblichen Bezahlung solcher Arbeiten im Verkehrsleben entspricht [1]). Im Uebrigen wird sich das Postulat einer Belohnung überall da statuiren lassen, wo der Gestor gelegentlich seiner Geschäftsführung selbst eine Einbuße erleidet — eine Einbuße nicht durch, aber während und im Gefolge

---

1883, wo der Bergelohn zurückgewiesen wurde, weil das geborgene Schiff durch Unvorsichtigkeit bei der Rettung untergegangen war. Journal du droit intern. privé XII p. 120.

1) So auch, wenn eine Amme ein Kind gestillt hat, welches die Eltern im Stiche gelassen haben. Man vgl. auch fr. 1 § 14 de var. et extraord. cogn.

der Gestion. Bekanntlich hat das römische Recht bei der Societät den Grundsatz aufgestellt, daß der Socius auch den bei Gelegenheit der Führung der Gesellschaftsgeschäfte ihm zustoßenden Nachtheil ersetzt erlangt, soweit es ein Nachtheil ist, bei welchem die Führung der Gesellschaftsgeschäfte zwar nicht die causa efficiens, aber doch die unmittelbare condicio sine qua non gewesen ist — z. B. das Reisemitglied, welches bei einer gemeinsamen Vergnügungstour die Reisegeschäfte besorgt, wird am Billetschalter bestohlen und büßt dabei seine Privatkasse mit ein [1]); — ein Satz, der nicht ohne Bedenken ist und der im römischen Rechte, gegen die Warnung des Labeo, auf die Autorität Julians hin adoptirt wurde, fr. 60 § 1, fr. 61, fr. 52 § 4 pro socio [2]). Neuere Gesetzbücher haben den Satz auf das Mandat ausgedehnt [3]), z. B. der Code civ. a. 2000; und es dürfte sich fragen, ob derselbe nicht auf die negot. gestio herüberzunehmen ist. Dies erscheint als bedenklich, insbesondere da man bei Mandat und Societät sich den Partner auswählen kann, bei der negot. gestio nicht [4]), und eine Verantwortung in infinitum ist überhaupt eine höchst mißliche Sache [5]). Wohl aber ist es gerechtfertigt in solchen Fällen, namentlich auch wenn der Gestor bei seiner Gestionsthätigkeit körperlichen Schaden nimmt, einen arbiträren An-

1) Dies gilt indeß nur, wenn der Diebstahl gerade bei Gelegenheit einer Societätshandlung erfolgt; wenn das „führende" Reisemitglied bestohlen wird, während sie eine Gallerie besuchen oder in der Posada zechen, findet ein Societätsersatz für die gestohlene Privatkasse nicht statt.

2) Bezüglich des indischen Rechts vgl. meine Abhandl. in der Z. f. vgl. Rechtsw. III S. 195 f.

3) Gegen das römische Recht, fr. 26 § 6 mand.

4) Besser begründet erscheint solches im Fall der Vormundschaft; doch wird auch dies vom Standpunkt des gemeinen Rechts verworfen, Rudorff, Vormundschaft III S. 124.

5) Vgl. auch Regelsberger, Rechtsgutachten I. S. der Bank in Winterthur gegen R. Kaufmann u. a., S. 24 f.

spruch auf Vergütung zu statuiren, welcher mit Rücksicht auf die Bedeutung des Geschäfts, auf die Dringlichkeit der Hülfethätigkeit und auf die Größe des Schadens zu statuiren ist; so noch mehr, wenn der Gestor bei dieser Thätigkeit das Leben verliert. Auch hier ist uns das Seerecht vorangeeilt — denn zur See ist Manneskraft und Mannesmuth nicht nur „etwas", sondern sehr viel „werth". Die Vertheidigung des Schiffes gehört zu den Obliegenheiten des Kapitäns, zu den Obliegenheiten der Mannschaft; sie gehört zu denjenigen Thätigkeiten, welche nicht an sich bezahlt werden, deren Bezahlung in dem allgemeinen Dienstlohne inbegriffen ist. Nichts destoweniger hat der Kapitän, welcher bei Vertheidigung des Schiffes beschädigt wurde, Anspruch auf arbiträre Belohnung, und wenn er dabei gefallen ist, so ist seinen Erben eine Belohnung zu bezahlen, Hand.-Gesb. a. 523, 524; und das Gleiche gilt von dem Schiffsmanne, § 49, 51 SeemannsO.

Ein Gleiches, wie im Seerecht, ist im Landrecht zu statuiren, es ist zu statuiren im Fall der neg. gestio; wenn auch in gewöhnlichen Verhältnissen keine Belohnungspflicht aufgestellt werden kann, so ist sie aufzustellen, wenn der Gestor bei Gelegenheit, im Gefolge der Gestion, ohne sein Verschulden, schwer geschädigt worden ist. Sollte der Inhaber eines Fabriketablissements nicht entschädigungspflichtig werden, wenn das ganze Etablissement im Begriffe war zu explodiren und ein aufopferungsfähiger Mann durch einen kühnen Griff die ganze Fabrik und damit das ganze Vermögen des Fabrikanten gerettet, dabei aber eine Hand eingebüßt hat und für immer erwerbsunfähig geworden ist? Oder sollte Jemand, welcher einen durch Räuber angegriffenen Mitmenschen vom sicheren Tode errettet hat, noch selbst die Heilung der Wunden bezahlen müssen, welche ihm bei dieser Gelegenheit geschlagen worden sind? Oder sollten die Erben des Mannes, welcher, ein neuer De-

cius, sich der Unterwelt weihte, um unabsehbares Unglück zu verhüten, der öffentlichen Mildthätigkeit preisgegeben sein?

Und man trage sich nicht wieder mit dem Einwande der rechtlichen Unsicherheit oder gar der Unmöglichkeit der Schätzung — wer in solchen Fällen nicht schätzen kann, soll nicht Richter sein. Unsere Richter, welche im Seerecht solche arbiträren Schätzungen vornehmen können, welche bei der Bemessung der Buße sich auf dem weiten Meere der „psychologischen Arithmetik“ zurechtfinden müssen, werden auch dieses zu leisten verstehen. Und dies ist heutzutage nöthiger als je. Gerade bei der gesteigerten Ausbeute der Naturmächte werden solche Fälle in gesteigertem Maße vorkommen: je mehr wir die unheimlichen Erdgötter bannen, um so mehr pflegen sie sich gelegentlich zu rächen und ihre Opfer zu fordern.

Auf diese Weise ist die Berücksichtigung der Menschenhülfe eine Aufgabe des Rechts, ihre gesteigerte Berücksichtigung eine Aufgabe des Rechtsfortschritts. Denn der Rechtsfortschritt ist Kulturfortschritt und jeder wahre Kulturfortschritt führt zur sittlichen Vervollkommnung.

II.

Die elterliche Gewalt im Vermögensrechte des heutigen Europa.

Von

Dr. Karl Lehmann,
Privatdozent in Berlin.

Einleitung.

Der Weg, welchen das künftige deutsche Recht bei Regelung der elterlichen Befugnisse am Kindesvermögen wandeln wird, ist ihm durch seine Vergangenheit nicht so klar gewiesen, daß es ihn ohne Zögern und ängstliches Umherschauen wird finden können. Zu lange Zeit ist Deutschland, wie politisch, so rechtlich der Spielball und das Prüfungsobject der mannigfachsten fremden Einflüsse gewesen, als daß es das ihm Entsprechendste aus dem bunten Gewirre des Bestehenden mühelos herauszunehmen vermöchte.

Bei der Regelung der elterlichen Befugnisse am Kindesvermögen treten ihm drei Principien entgegen, welche dem geltenden deutschen und außerdeutschen Rechte, rein oder vermischt, unter Vorwiegen des einen oder des anderen, zu Grunde liegen: das Princip der väterlichen Gewalt, das Princip der väterlichen Unterhaltung, das Princip der väterlichen Vormundschaft. Jedes von ihnen gelangt, streng durchgeführt, zu anderen Ergebnissen. Das Princip der Gewalt macht das Kind dem Vater dienstbar, es führt im Endergebnisse zum Eigen-

thume des Vaters am gesammten Kindeserwerbe oder doch einem großen Theile des Kindeserwerbes. Das Eigenthum des Vaters am Kindeserwerbe ist der vermögensrechtliche Ausdruck der väterlichen Gewalt. Das Princip der väterlichen Unterhaltung gründet die väterlichen Rechte auf dessen Stellung als Ernährer des Kindes. Als Entschädigung für die Ernährung gewährt es dem Vater ein Nutzungsrecht am gesammten Kindeserwerbe oder doch einem großen Theile des Kindeserwerbes, dagegen kein Eigenthum oder doch Eigenthum an nur geringen Vermögensbestandtheilen des Kindes. Das Nutzungsrecht am Kindeserwerbe ist der eigentliche vermögensrechtliche Ausdruck des Unterhaltungsprincipes. Das Princip der väterlichen Vormundschaft scheidet Vatervermögen und Kindesvermögen grundsätzlich von einander. Der Vater hat lediglich das Recht der Verwaltung des Kindesvermögens. Das bloße Verwaltungsrecht am Kindeserwerbe ist der vermögensrechtliche Ausdruck des Vormundschaftsprincipes.

Jedes der drei Principien hat, streng durchgeführt, eine eigene Dauer der väterlichen Rechte im Gefolge. Das Gewaltprincip läßt die väterlichen Rechte bei Lebzeiten beider Theile nur durch einen Akt des Vaters enden. Das Unterhaltungsprincip läßt sie mit der wirthschaftlichen Selbständigkeit des Kindes, ob mit, ob ohne Willen des Vaters, enden. Das Vormundschaftsprincip läßt sie mit der Großjährigkeit des Kindes enden.

Bei jedem der drei Principien gestaltet sich das Verhältniß von Vater zum Kinde andersartig. Bei der väterlichen Gewalt geht das Kind im Vater auf, bei der Vormundschaft wird es von ihm vertreten, bei der Unterhaltung steht es ihm als Fremdem gegenüber.

Jedes der drei Principien äußert sich andersartig bei Regelung der mütterlichen Rechte. Das Gewaltprincip läßt

sich auf die Mutter nicht, das Vormundschaftsprincip nur bedingt, das Unterhaltungsprincip dagegen unbedingt übertragen.

Von den drei Principien gilt in voller Reinheit und nicht vermischt mit anderen im heutigen Europa nur das Vormundschaftsprincip. Das der Gewalt und das der Unterhaltung gelten nur in Verbindung mit einem der anderen oder beiden anderen Principien.

Die nicht leicht lösbare Aufgabe des künftigen Gesetzbuches wird es sein, zwischen den drei Principien zu wählen. Den Vorzug wird dasjenige Princip erhalten, bei welchem die elterlichen Rechte in Zusammenhang mit dem ganzen Rechtssysteme und mit den ökonomischen Verhältnissen der Zeit stehen. Auf der anderen Seite aber handelt es sich darum, historisch eingewurzelten Eigenheiten gerecht zu werden.

Die Erreichung dieses Zieles kann durch eine vergleichende Uebersicht über die wichtigsten europäischen Rechte, welche nach Gruppen zu sondern sind, nur gefördert werden. Niemand wird leugnen können, daß gerade Deutschland von einer solchen Vergleichung am ehesten etwas gewinnen kann. Nicht ein einheitliches, rein in und aus sich geschichtlich gewordenes Recht bietet es dar, sondern es hat fremden Rechten Thür und Thor geöffnet. Das römische Recht ist ihm die Grundlage, das französische Recht beherrscht wenigstens einen großen Theil seines Gebietes. Römisches, französisches und rein germanisches Recht, welche Deutschland in seinem Schooße birgt, stellen, die ersteren modificirt, das letzte ungetrübt, die drei Prinzipien dar, welche oben erörtert sind. Sie sind andererseits in fast allen europäischen Staaten die herrschenden. Die Entwicklung, welche sie in diesen genommen haben, ist für Deutschland auf alle Fälle ein Fingerzeig für die von ihm selbst einzuschlagende Richtung.

Wir behandeln zunächst die väterlichen Rechte vom historischen, dogmatischen und legislativen Standpunkte. Nach deren Erledigung gehen wir auf die mütterlichen über.

I. Die Rechte des Vaters am Kindesvermögen.

Historische Entwicklung.

Die väterliche Gewalt äußert personenrechtliche und güterrechtliche Wirkungen. Zu jenen gehört das Recht des Vaters, die Kinder zu erziehen, ihren Wohnsitz, Aufenthalt, Beruf, ihre Religion zu bestimmen und sie zwangsweise, sei es durch Züchtigung, sei es durch Einsperrung zur Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten. Diese bestehen in Verwaltungs-, Nutzungs- oder Eigenthumsrechten an dem Erwerbe des Kindes, sei es dem ganzen Erwerbe, sei es einem Bruchtheile desselben, Rechten, welche ihrem Umfange und ihrer Dauer nach bei verschiedenen Völkern und zu verschiedenen Zeiten ein verschiedenes Aussehen besessen haben.

Das römische und das germanische Recht nahmen, soweit wir in die Vergangenheit zurückschauen können, in personenrechtlicher Hinsicht für die väterliche Gewalt den gleichen formalen Ausgangspunkt. Beiden erschien sie formal als eine starre Gewalt über die Person des Kindes, welche sich bis zum Rechte der Tödtung und des Verkaufes steigern konnte. Dem jus vitae et necis und dem jus mancipationis im altrömischen Rechte entsprach ein Tödtungs-, Aussetzungs- und Veräußerungsrecht des Vaters im altgermanischen Rechte. In friesischen und noch deutlicher in altskandinavischen Rechtsquellen tritt das Recht des Vaters, das neugeborne Kind, solange es noch nicht die Wasserweihe empfangen oder doch Nahrung zu sich genommen hat, auszusetzen oder gar zu tödten,

unbestritten hervor[1]). Wurde die Ausübung dieses Rechtes freilich nur in Nothfällen von der Sitte, so wurde sie bis zu dem berührten Zeitpunkte unbedingt doch vom Rechte gestattet. Von da ab allerdings galt sie in Recht und Sitte als unerlaubt. Als zeitlich begrenzt tritt uns also von Anfang an das Tödtungsrecht des Vaters in den germanischen Quellen entgegen, zum Unterschiede von dem ursprünglich lebenslänglichen jus vitae et necis des römischen Rechtes.

Auch das Recht der Veräußerung war auf den Fall der Noth beschränkt und stand dem Vater nicht lebenslänglich, sondern bei Söhnen nur bis zu erreichter Mündigkeit, bei Töchtern bis zur erfolgten Verheirathung zu. Das selbständig gewordene Kind war kein Veräußerungsobject mehr.

Andere ökonomische Gesichtspunkte lagen also dem äußerlich gleichen Rechte in dem germanischen Rechtsgebiete zu Grunde. Nur die drängende Noth, die Unfähigkeit, die nöthigen Mittel für den Haushalt zu schaffen, sollen einen außerordentlichen Schritt, wie Aussetzung und Verkauf, gestatten. Das überflüssige, abhängige Hausmitglied darf entfernt werden zum Besten des ganzen Haushaltes, welcher im Hausherrn seinen rechtlichen Schwerpunkt findet, im schwereren Falle der Aussetzung darf es nur entfernt werden, solange es durch den feierlichen Akt der Nahrungsspendung und Wasserbegießung noch nicht in den Rahmen des Haushaltes aufgenommen ist. Oekonomisch ist es allein die Wohlthat für den Vater, das Loswerden der Verpflichtung zur Alimentation, welche die Aussetzung und der Verkauf gewähren soll —

1) Grimm, R.-A. S. 455 ff.; Kraut, Vormundschaft I S. 45; K. Maurer, die Wasserweihe des germanischen Heidenthums (Abh. der bayer. Akad.) 1880; Fr. Brandt, Forelæsninger over den norske Retshistorie 1880 I S. 129; Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts II S. 431 ff.

nicht der Verlust der Herrschaft, das Aufgeben eines Vortheiles, wie es die römische emancipatio bedeutet. Und wie damit übereinstimmend das römische Recht den erwachsenen Haussohn, gleichgültig ob er im Stande war, sich selbst zu unterhalten oder nicht, fort und fort der väterlichen Gewalt unterworfen bleiben läßt, so gestattet das germanische Recht dem erwachsenen Hauskinde, fortzuziehen, froh, daß von nun ab der Vater der Verpflichtung zur Versorgung enthoben ist.

Schärfer, als auf dem personenrechtlichen, wird auf dem güterrechtlichen Gebiete dieser Standpunkt in beiden Rechtsgebieten durchgeführt. Die Gewalt des römischen Hausvaters vernichtete auf vermögensrechtlichem Gebiete die rechtliche Persönlichkeit des Hauskindes vollständig. Nichts erwarb das der väterlichen Gewalt unterworfene Hauskind für sich, Alles für den Hausvater. Es ging so in der Persönlichkeit des Hausvaters auf, daß nicht nur Verträge zwischen ihm und dem Hausvater, sondern auch Verträge zwischen ihm und einem zweiten, unter der väterlichen Gewalt stehenden Hauskinde unmöglich waren. Und wenn auch die spätere Zeit durch Ausbildung der mannigfachen Peculien den Grundgedanken von der Vermögensunfähigkeit des Hauskindes verflüchtigt hat, so haben sich doch einzelne Reste dieses Grundgedankens bis in die heutige Zeit hinein erhalten, in welche sie, wie antediluvianische Bildungen, unverstanden und zusammenhanglos hineinragen.

Das altgermanische Recht betrachtete den Vater dagegen von jeher als Vormund des Hauskindes auf vermögensrechtlichem Gebiete. Die deutschen Rechtshistoriker haben diesen Satz nicht ohne Kampf[1]) aufgestellt, weil er aus den süd-

1) Ein neuer Widersacher ist ihm jetzt in Heusler erstanden, welcher in seinen Institutionen die ursprüngliche Gewaltsnatur des Mun-

germanischen Quellen sich nicht mit völliger Klarheit ergiebt. Wer die altskandinavischen Rechtsgebiete durchwandert, kann an der Wahrheit des Satzes keinen Zweifel hegen. Der Vater wird nicht bloß als Vormund bezeichnet, sondern seine Vermögensverwaltung wird auch nach den gleichen Gesichtspunkten beurtheilt, wie die Vermögensverwaltung jedes geborenen Vormundes. „Der Vater soll die Vermögensverwaltung für sein Kind haben, wenn nicht der Vater am Leben ist, soll sie der Bruder vom selben Vater, wenn nicht der Bruder am Leben ist, soll sie die Mutter nehmen" bestimmt das isländische Recht [1]). Und als malsmaþær oder giftomaþær tritt in den altschwedischen Rechten der Vater gleich jedem anderen Vormunde auf [2]). Damit ist die Vermögensfähigkeit des Hauskindes grundsätzlich anerkannt [3]).

Die altgermanische Vormundschaft war aber constructiv nicht die Vormundschaft unserer heutigen Rechtsauffassung allein. Sie war mehr als eine bloße, selbstlose Fürsorgepflicht des Mitmenschen. Sie schloß vortheilhafte Befugnisse in sich

---

diums auch auf vermögensrechtlichem Gebiete verficht, aber, wie uns und Berufeneren (Waitz, Maurer) erscheint, ohne quellenmäßige Begründung. In seinem Werke gibt Heusler an anderer Stelle selbst zu, daß das Hauskind vermögensfähig war (II S. 442 f.), und nimmt nur an, daß, was es verdiente, dem Hausvater zufiel. Aber dieses würde nur ein Ausfluß des Unterhaltungsprincipes sein. Ebensowenig läßt sich mit Heusler aus dem egoistischen Character der alten Vormundschaft, sei es des Vaters, sei es eines sonstigen Vormundes, der Schluß auf eine ursprünglich reine Herrschaft über das Kind ziehen. Auch das Nutzungsrecht am Kindesvermögen, welchem die strenge Haftpflicht entsprach, war u. E. nichts weiter, als Ausfluß des Unterhaltungsprincipes. Die ganze Frage kann natürlich hier nicht erledigt werden.

1) Grágás, Konungsbók 122/230, Stadarhólsbók 64/77.

2) Ostgötalag Draþab. 19, Vaþamal 3/1, 15/3.

3) Belege hierfür aus nordischen Quellen: Grágás Kgbk. 118/221, Gulaþingslög 129, Jyske Lov I 14, 15; von Amira, nordgerman. Obligationenrecht I S. 530, 735.

und trug den Charakter eines eigennützigen Rechtes. In Island [1]) und im norwegischen Rechte von Drontheim [2]), sodann in dänischen [3]), friesischen [4]) und sächsischen [5]) Rechten prägt sich diese Eigenschaft der Vormundschaft lebhaft darin aus, daß der Vormund die ganze Fahrhabe des Mündels auf eignen Vortheil, aber auch zu eigner Gefahr lediglich gegen die Verpflichtung der Restitution in genere übernimmt, und daß er von den Grundstücken wenigstens nach einem Theil dieser Rechte die Früchte für sich zieht — während er andrerseits das Mündel zu unterhalten hat [6]).

Dieses Mehr an Rechten, welches die altgermanische Vormundschaft an sich trägt, entspringt einem anderen Grundgedanken, als dem der Vormundschaft [7]), es ist das Aequivalent für die Unterhaltung des Mündels [8]), welche dem Vormunde

---

1) Grágás Kgbk. 122/231, Sthbk. 64/78.79.

2) Frþl. IX 22.

3) Stemann, Retshistorie S. 396.

4) von Richthofen, friesische Rechtsquellen S. 164.

5) von Martitz, das ehel. Güterrecht des Sachsenspiegels S. 169.

6) Von Literatur hierüber vgl. Finsen, den Islandske Familieret efter Grágás in den Annaler for Nordisk Oldkyndighed og Historie 1849 S. 325—331, 1850 S. 123, 124; Maurer in der krit. Vierteljahresschr. II S. 105 ff., 113; K. Lehmann, Verlobung und Hochzeit nach den nordgermanischen Rechten S. 35, außerdem die bei Stobbe, Handbuch § 267 Note 8 und Beseler, System (4. Aufl.) § 134 Note 25 Citirten. Daß diese Einrichtung bereits früh verschwand, hebt Beseler mit Recht hervor.

7) Nach Heusler, Institutionen entspringt es dem Gedanken der Gewalt (II S. 495), ohne daß hierfür der Beweis geliefert ist.

8) Auch dieser Gedanke tritt in skandinavischen Rechten, insbes. im isländischen Rechte stärker hervor, als in südgermanischen. Wie ursprünglich Vormundschaft und Erbe einem und demselben zufielen, so ruhte die Alimentationsverbindlichkeit stets auf dem Vormunde. Als im Laufe der Zeit die Weiber zum Erbe gelangten, zweite sich Vormundschaft und Erbe, da bei der Vormundschaft meist das Princip, daß nur Männer Vormünder sein könnten, sich erhielt. Das isländische Recht macht in dieser Be-

obliegt, und für die weit ausgedehnte Haftpflicht [1]) des altgermanischen Vormundes. Die altgermanische Vormundschaft, nicht bloß die des Vaters, vereinigt in sich bereits das Princip der Vormundschaft und das der Unterhaltung. Sie weist also deren rechtliche Ausprägungen, das Verwaltungs- und das Nutzungsrecht, auf.

Die väterliche Vormundschaft hat in den einzelnen germanischen Ländern verschiedenartige Entwicklungsstadien durchgemacht. Da, wo das römische Recht keinen Eingang fand, hat sie regelmäßig Schritt mit der sonstigen Vormundschaft gehalten. Je nach dem Charakter der Vormundschaft überhaupt zeigt sie das Aussehen einer reinen Vormundschaft oder Elemente einer tutela usufructuaria. So in Skandinavien, England und wenigen schweizer Kantonen. Von nichtgermanischen Ländern gehört Rußland hierher.

Da, wo das römische Recht Eingang fand, blieb dagegen die väterliche Vormundschaft, wenn überhaupt bestehen, meist auf dem alten Standpunkte stehen. Während die nichtväterliche Vormundschaft von sich das auf dem Unterhaltungsprincipe beruhende Nutzungsrecht abschüttelte, sowohl vermöge natürlicher Entwicklung, wie vermöge des Einflusses des eindringenden römischen Rechtes den Charakter einer tutela usufructuaria abstreifte und sich zu einem reinen Fürsorgeverhältnisse entwickelte, mußte die väterliche Vormundschaft durch den Einfluß des römischen Rechtes ihren alten Charakter sich erhalten. Es ist von anderer Seite [2]) bereits treffend darauf hinge-

---

ziehung eine Ausnahme. Nach ihm können Weiber, soweit sie Erbrecht haben, auch Vormünder sein. Nach isländischem Rechte ruht auf dem Vormunde als solchem also die Alimentationsverbindlichkeit.

1) Hierüber vgl. von Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht I S. 401 ff.

2) Stobbe, Handbuch § 254.

wiesen worden, wie das römische Recht der späteren Zeit mit seinen verschiedenartigen Peculien thatsächlich der deutschen Vormundschaft des Vaters ähnelte. Das hauptsächlichste **peculium**, das **peculium adventicium regulare**, läßt den Vater als Verwalter und Nutznießer zu. Das **peculium profecticium** und das **peculium castrense** kommen vermöge der **emancipatio saxonica** nicht in der Weise in Betracht, wie dies im römischen Rechte der Fall war [1]). Solange das Hauskind also unter väterlicher Gewalt stand, war seine Lage nach deutschem Rechte mit Bezug auf Verwaltung und Nutznießung seines Vermögens nur wenig von der des römischen Hauskindes geschieden. Wichtigere Unterschiede ergaben sich mit Bezug auf seine Geschäftsfähigkeit sowohl gegenüber dem Vater und den in der väterlichen Gewalt befindlichen Hauskindern, als gegenüber Dritten — und mit Bezug auf die Haftpflicht des Hausvaters. Gerade hier aber haben die römischrechtlichen Grundsätze am wenigsten Geltung errungen. Weder in Frankreich noch in Deutschland ist das Princip der römischen Personeneinheit aufrecht erhalten worden. Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Hauskind, wie zwischen zwei unter väterlicher Gewalt stehenden Hauskindern wurden auch da als giltig anerkannt, wo im Uebrigen das römische Recht Anwendung fand, und wenn vereinzelte Statuten die römischen Sätze von der Personeneinheit dem Buchstaben nach recipirten [2]), so schritt die Praxis über diese Sätze gleichgiltig hinweg. Auch bezüglich der Stellung des Hauskindes zu Dritten, also bezüglich seiner Geschäfts- und Testirfähigkeit wurde das

---

1) Beseler, System § 131; Stobbe, Handbuch § 254.

2) Roth, D. Pr. R. § 164 S. 336; Stölzel, das Recht der väterlichen Gewalt in Preußen (Justizministerialblatt 1874) § 9; Beseler, System § 123 II.

römische Recht nicht unbedingt recipirt. Den Unterschied zwischen unmündigen und mündigen Hauskindern, welchen das römische Recht macht, hat sich das gemeine deutsche Recht ebensowenig aneignen können, wie die neueren Codificationen. Wenn jenes wenigstens die rein positivrechtlichen Beschränkungen des S. C. **Macedonianum** und des **beneficium competentiae** recipirte, so sind dies Beschränkungen, welche offenbar mit der römischen **patria potestas** so wenig zu thun haben, daß sie jedem anderen Systeme gleich gut angehören können. Auch die Bestimmungen des römischen Rechtes über die Testirfähigkeit des Hauskindes wurden im Gebiete des gemeinen Rechtes nicht überall, in den Gebieten der neuern Gesetzgebungen nirgends anerkannt. Die Sätze, welche die neueren Gesetzgebungen über die Haftpflicht des Vaters aufstellen, gehen allein von Grundprincipien aus und haben die Abhängigkeit von den Peculienmassen abgestreift.

Ueberall sehen wir, in den neueren Gesetzgebungen mit Entschiedenheit, im gemeinen Rechte mit begreiflicher Schwerfälligkeit die Tendenz, das ganze Verhältniß zwischen Hausvater und Hauskind nach großen, allgemein giltigen Gesichtspunkten zu ordnen.

Unter den Ländern, in welche das römische Recht im Mittelalter eindrang, nimmt eine Sonderstellung Oesterreich ein. Es ist seinen Schwesterrechten mit beflügeltem Fuße vorausgeeilt. Was jene, wenn überhaupt, erst in kaum absehbarer Zeit wagen werden, hat es durchzuführen unternommen. Es ordnet, wie die skandinavischen und englischen Rechte, das Verhältniß von Hausvater und Hauskind principiell nach dem Vorbilde der heutigen Vormundschaft, ohne allerdings im Einzelnen diesen Standpunkt festzuhalten. Ihm sind auf diesem Wege Nachfolger nicht geworden. Selbst solche Schweizer Rechte, welche sonst unter seinem Einflusse

stehen, bekehrten sich in diesem Punkte meist zu den Gestaltungen des römischen oder französischen Rechtes.

Das österreichische Recht gehört wegen dieser seiner Sonderstellung zu der Gruppe der skandinavisch-englisch-russischen Rechte. Die Gruppe der skandinavisch-englisch-russisch-österreichischen Rechte, welcher sich ganz wenige Schweizer Kantonalrechte zugesellen [1]), trägt also als Characteristicum auf der Stirn, daß die väterlichen Rechte am Kindesvermögen nach der heutigen Vormundschaft geformt sind.

Ihr stehen die übrigen Rechte Europa's gegenüber. Soweit diese dem Vater überhaupt Rechte am Kindesvermögen einräumen [2]), räumen sie ihm ein Plus von Rechten gegenüber dem Vormunde ein, welches entweder in einem Nutzungsrechte oder in einem Nutzungs- und Eigenthumsrechte besteht. Umfang und Dauer dieser Rechte des Vaters sind verschieden, je nachdem der Standpunkt der Entschädigung für die Unterhaltung des Kindes oder der Standpunkt der Herrschaft, potestas, vorwiegt.

Bei denjenigen Rechten, welche den altgermanischen Grundgedanken sich bewahrt haben, besteht das Plus in einem Nutzungsrechte. Hierhin gehört der Code mit seinen Tochterrechten, das italienische, baltische Recht und viele Schweizer Kantonalrechte. Von den deutschen Codificationen gehört hierhin das sächsische Recht. Endlich ist auch das preußische Recht hierher zu zählen, wiewohl es ein Eigenthum des Vaters am Kindererwerbe kennt. Denn dieses Eigenthum beruht lediglich auf dem Unterhaltungsprincipe.

---

1) Das von Unterwalden ob dem Walde, Appenzell i/Rh. vgl. Lardy, les législations civ. des cantons suisses en mat. de tutelle etc., Paris 1877, S. 290, 14; Schlatter, Schweizer Rechtskalender 1883 S. 283, 484.

2) Die Kantonalrechte von Baselland und Appenzell a/Rh. behandeln den Vater als Fremden gegenüber dem Kindesvermögen. Lardy p. 36, 6; Schlatter S. 435.

Bei denjenigen Rechten, welche den Standpunkt des römischen Rechtes einnehmen, besteht das Plus außer in einem Nutzungsrechte noch in einem Eigenthumsrechte des Vaters an gewissen Massen des Kindeserwerbes. Zu ihnen zählt außer dem gemeinen deutschen Rechte das spanische und portugiesische Recht.

Es wird nun die Aufgabe sein, die Grundsätze der drei großen Gruppen zur Darstellung zu bringen. Es handelt sich dabei nicht so um eine genaue Wiedergabe der speciellen Satzungen, wie um die Verfolgung des Grundgedankens in die einzelnen Ausläufer hinein. Die gemeinsamen Seiten der zu jeder Gruppe gehörigen Rechte werden jedesmal am Schluß zusammengefaßt werden.

A. Rechte, welche die väterliche Vormundschaft ausgebildet haben.

In dieser Gruppe folgen sich die einzelnen Rechte, was die Consequenz in der Ausbildung der Sätze über die väterliche Vormundschaft betrifft, in der Ordnung, welche oben angegeben ist.

1. Voran stehen die skandinavischen Rechte [1]). Sie haben am schärfsten die väterliche Vormundschaft durchgeführt. Sowohl in der Dauer, als in der Art der Vermögensverwaltung, als in den Grundsätzen über die Geschäftsfähigkeit des Hauskindes gilt durchaus das Gleiche von der väterlichen und von der nichtväterlichen Vormundschaft. Es hört die väterliche Vormundschaft mit dem Zeitpunkte auf, mit welchem die Vormundschaft überhaupt aufhört, also bei Söhnen mit der

1) Vgl. über diese Nordisk Retsencyklopaedi samlet og udgivet af Dr. jur. T. H. Aschehoug, Dr. jur. K. I. Berg og Dr. jur. A. F. Krieger, 1 Heft, Kopenhagen 1878; Scheel, Familieretten fremstillet efter den danske Lovgivning, Kopenhagen 1877.

Großjährigkeit, bei Töchtern mit der Verheirathung, während eine besondere Emancipation, sei es durch eine förmliche Entlassung, wie bei den Römern, sei es durch die Begründung eines eigenen Haushaltes, wie bei den Deutschen, unbekannt ist [1]). Es gilt völlige Trennung zwischen Kindesvermögen und Elternvermögen. Der Vater hat am Kindeserwerbe weder ein Eigenthumsrecht, noch ein sonstiges dingliches Recht. Er hat andrerseits am ganzen Vermögen des Kindes, soweit nicht für den Vormund überhaupt Ausnahmen gemacht sind, das Verwaltungsrecht. Solche Ausnahme [2]) gilt einmal bezüglich des Vermögens, welches das Kind durch eigne Arbeit erworben hat, sodann [3]) bezüglich des dem Kinde von Dritten zum freien Gebrauche zugewendeten Vermögens. Ueber diese Vermögensmassen kann das Kind frei verfügen. Frei verfügen darüber kann aber das vaterlose Mündel nicht anders, wie das Hauskind. Es wäre also ganz unzulässig, diese Vermögensmassen unter den Begriff eines römischen **peculium castrense** und **adventicium irregulare** oder unter den Begriff eines freien Vermögens gegenüber dem nichtfreien zu zwängen. Denn nicht der Mangel eines väterlichen Rechtes, sondern die Freiheit von der vormundschaftlichen Beaufsichtigung und Mitwirkung unterscheidet sie von den übrigen Vermögensmassen.

Es gilt bezüglich der Geschäftsführung [4]), der Rechenschaftslegung, der obervormundschaftlichen Aufsicht im Ganzen für den Vater nichts Anderes, als für den Vormund. Der Vater darf die Renten oder einen passenden Theil der Renten

---

1) R.-E. § 21 S. 52.

2) R.-E. § 27 S. 69, § 29 S. 80. Scheel S. 406, 531 f.

3) R.-E. I § 26 S. 67.

4) R.-E. § 21 S. 50, § 29 S. 76; Scheel S. 406 f.

des Kindervermögens zur Erziehung der Kinder verwenden, wie es der Vormund darf.

Darum ist die Testirfähigkeit des Skandinaviers von dem Umstande, ob sein Vater vorhanden ist oder nicht, unabhängig [1]). Darum gilt für die Geschäftsfähigkeit des Hauskindes und für die Haftpflicht des Vaters nichts Besonderes. Das Hauskind ist ebenso lange in seiner Verfügungsfähigkeit beschränkt, wie der Gewaltfreie und das von ihm während der Zeit seiner mangelnden oder beschränkten Verfügungsfähigkeit abgeschlossene Rechtsgeschäft ist insoweit ungiltig, wie das vom Gewaltfreien abgeschlossene Rechtsgeschäft [2]). Für die Verpflichtungen des Hauskindes haftet der Vater principiell nicht mit seinem Vermögen.

Diese einfachen, großen Grundzüge werden in Norwegen und Dänemark freilich durch Sätze des ehelichen Güterrechts [3]) derartig durchkreuzt, daß sie von ihren praktischen Wirkungen viel einbüßen. Beim Tod der Frau hat der Ehemann das Recht, mit den Kindern bis zu seiner Wiederverheirathung in ungetheilter Wirthschaft sitzen zu bleiben. Gleichgiltig ist das Alter der Kinder. Der Ehemann, welcher von diesem Rechte Gebrauch macht, erhält den Besitz und die Verfügung des Muttergutes in vollem Umfange. Die Kinder haben allein das nudum dominium an ihrem mütterlichen Erbtheile, welcher für die Schulden des Vaters in demselben Maaße wie bei Lebzeiten der Mutter haftet. Der Hauptfall des Vermögenserwerbes durch die Kinder wird also im Leben sich nach dem Muster des römischen adventicium gestalten. Der Grund hierzu liegt aber nicht in Sätzen des Kindschaftsrechtes, sondern in Sätzen des Eherechtes.

---

1) N.-E. I Arveretten § 6 S. 105.

2) N.-E. § 26 S. 66 ff.

3) N.-E. I Arveretten § 18 S. 145 ff.

2. An die skandinavischen Rechte schließt sich das Recht des eigentlichen Rußlands an, während das Recht der baltischen Provinzen und Polens ein Nutzungsrecht des Vaters am Kindervermögen kennt. „Das Grundprincip der russischen Gesetzgebung hinsichtlich der gegenseitigen Rechte von Eltern und Kindern auf ihr Vermögen" sagt Lehr [1]) " ist die vollständige Trennung der Interessen. Die Kinder haben kein Recht gegenüber dem Vermögen ihrer Eltern und ebensowenig die Eltern gegenüber dem Vermögen ihrer Kinder; und sie können sich in die Verwaltung des Vermögens des Anderen nur mit ausdrücklicher Erlaubniß oder vermöge ausdrücklichen Auftrags einmischen. Während der Minderjährigkeit ihrer Kinder besitzen die Eltern kraft Gesetzes am Vermögen der Kinder die Pflichten eines Vormunds; sie haben die Verwaltung; es ist bemerkenswerth, daß kein Text des Svod ihnen die Nutznießung daran bewilligt".

Also, wie in Skandinavien, ist in Rußland Vorbild für die väterlichen Rechte am Kindesvermögen die Vormundschaft. Sie ist es nicht bloß dem Principe, sondern auch der Ausführung nach. „Die allgemeine Regel in Rußland ist, daß, wenn die Vormundschaft von den Eltern verwaltet wird, sie denselben Grundsätzen, wie die ordentlichen Vormünder unterworfen sind hinsichtlich des Verkaufes, der Hinterlegung oder Verpfändung, wie hinsichtlich der Rechnungslegung [2]).

Nur in den Gouvernements Tschernigof und Poltava hat der Vater bis zur Großjährigkeit der Söhne und bis zur Verheirathung der Töchter außer der Verwaltung auch den Nießbrauch an deren Vermögen [3]).

---

1) Éléments de droit civil Russe, Paris 1877, S. 98, 99.

2) Lehr S. 141.

3) Lehr S. 141.

In doppelter Beziehung unterscheidet sich aber die väterliche Vormundschaft Rußlands von der gewöhnlichen Vormundschaft. Einmal hinsichtlich ihrer Dauer. Die gewöhnliche Vormundschaft endet mit der Großjährigkeit des Kindes, die väterliche Vormundschaft endet völlig erst mit der Abschichtung des Hauskindes. Die nicht abgeschichteten großjährigen Hauskinder gelten hinsichtlich des Vermögens, welches ihnen von den Eltern gegeben ist, und welches ihnen kraft Erbrechts zufällt, als dispositionsunfähig. Nur über das durch ihre Arbeit und durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden von Dritten erworbene Vermögen können sie frei verfügen. Das Verwaltungsrecht des Vaters erstreckt sich also für einen Theil des Kindesvermögens, welcher etwa dem römischen peculium profecticium und adventicium regulare entspricht, über die Dauer der Minderjährigkeit hinaus. Von einem Nutzungsrechte des Vaters ist auch in diesem Falle keine Rede. Ebensowenig sind die nicht abgeschichteten großjährigen Hauskinder in ihrer Verpflichtungsfähigkeit beschränkt. Es ist allein die Verwaltung gewisser Güter, welche ihnen entzogen ist, wie diese Güter auch nicht für die ohne Genehmigung des Vaters eingegangenen Verpflichtungen als Executionsobjecte angegriffen werden können [1]).

Zur „ungetheilten Wirthschaft" der Dänen und Norweger verhält sich dieses Verwaltungsrecht des russischen Vaters gegenüber den unabgeschichteten Kindern inhaltlich als Minus, dem Umfange der Vermögensmassen nach als Plus. Es ist ein bloßes Verwaltungsrecht, es schließt kein Nutzungsrecht und kein Verfügungsrecht in sich. Es erstreckt sich andrerseits aber nicht bloß auf das mütterliche Erbgut, sondern auf alles von den Eltern gegebene und von wem auch immer ererbte

1) Lehr S. 99.

Gut der Kinder. Von der Wiederverheirathung des Vaters wird es nicht betroffen. Seinem Grunde nach ist es im Gegensatze zum Rechte auf „ungetheilte Wirthschaft" ein Ausfluß der väterlichen Vormundschaft.

Der zweite Punkt, in welchem sich die väterliche Vormundschaft Rußlands von der gewöhnlichen Vormundschaft unterscheidet, betrifft die Haftpflicht des Vaters. Sobald der Vater ein Rechtsgeschäft seines minderjährigen und großjährigen, nicht abgeschichteten Kindes genehmigt hat, steht er für dasselbe so ein, als ob er es selbst abgeschlossen hätte. Während die regelrecht erfolgte Genehmigung des Vormundes nur das Mündel haftbar macht, zieht sie den Vater in den Vertrag selbst hinein. Die strenge Haftpflicht des Vaters ist mehr als ein Correlat für sein Verwaltungsrecht. Denn während dieses nur für die Zeit von der Großjährigkeit des Kindes bis zu dessen Abschichtung ein Besonderes gegenüber der Vormundschaft darstellt, währt die Haftpflicht des Vaters für die ganze Zeit, wo das Hauskind unter seiner Vormundschaft ist[1]).

In den beiden Gouvernements Tschernigof und Poltava haftet der Vater außerdem für den durch seine nichtabgeschichteten Kinder angerichteten Schaden[2]). Eben diese beiden Gouvernements waren es, in welchen der Vater bis zur Großjährigkeit des Kindes die Nutznießung hatte. Die erweiterte Haftpflicht entspricht dem Gedanken der tutela usufructuaria.

Dem russischen Rechte gebricht es, wie man sieht, an der Folgerichtigkeit, welche die skandinavischen Rechte in der väterlichen Vormundschaft auszeichnet. Indessen vermögen die beiden Abweichungen nach der vortheilhaften und nachtheiligen

1) Lehr S. 99.

2) Lehr S. 98.

Richtung hin, welche die väterliche Vormundschaft Rußlands aufweist, an ihrem Grundzuge nichts zu ändern.

3. Mehr noch als die skandinavischen und russischen Rechte weist das englische Recht Trübungen in der Auffassung der väterlichen Rechte als Vormundschaft auf [1]). Grundsätzlich ist zwar auch dem englischen Rechte die Vormundschaft das Vorbild für die väterlichen Befugnisse. Im Besonderen scheidet es indessen die Liegenschaften des Kindes von der Fahrhabe desselben. An den Liegenschaften des Kindes ist der Vater nach dem common law der gesetzliche Vormund des Kindes. Er besitzt demnach als Vater keine anderen Rechte gegenüber den Liegenschaften wie der Vormund, und er besitzt die Pflichten eines ordentlichen Vormundes. Als Vormund darf er die Einkünfte des Immobiliarvermögens an sich ziehen, muß aber dem Kinde nach erreichter Großjährigkeit über deren Verwendung Rechenschaft ablegen [2]).

Was die Fahrhabe des Kindes anbetrifft, so ist der Vater theils in einer vortheilhafteren, theils in einer nachtheiligeren Stellung, als mit Bezug auf die Liegenschaften.

Er ist in einer vortheilhafteren Stellung bezüglich dessen, was das unter seiner Pflege stehende Hauskind bis zum sechszehnten Lebensjahre durch eigene Arbeit erwirbt. Hieran kann der Vater Eigenthum erwerben. Nur für das vom Vater ernährte Kind und nur bis zum sechszehnten Lebensjahre gilt aber das Aneignungsrecht des Vaters. Ist das Kind selbständig oder in fremder Pflege oder hat es das Alter von sechszehn Jahren überschritten, so erwirbt es für sich selbst. Der Vater erlangt ferner nicht ipso jure, sondern er erlangt erst durch Besitznahme das Eigenthum [3]).

---

1) [illegible] The Law of the domestic relations, London 1885, S. 5[illegible] is the natural guardian of their children."
[illegible] 71, 639. 3) Eversley S. 573.

Der Vater ist in einer nachtheiligeren Stellung bezüglich der ganzen übrigen Fahrhabe des Kindes, also bezüglich der von Dritten im Erbgange oder inter vivos erworbenen Fahrhabe jedes Kindes, ferner bezüglich der erarbeiteten Fahrhabe des Kindes, welches das sechzehnte Lebensjahr überschritten hat, endlich der erarbeiteten Fahrhabe des außer seiner Verpflegung stehenden jüngeren Kindes. Diesen Vermögensmassen gegenüber steht der Vater nicht anders, als jeder Dritte da. Er hat als Vater einen rechtlichen Anspruch weder auf Genuß noch auf Verwaltung dieser Fahrhabe. Vielmehr wird für diese Vermögensmassen ein Vormund bestellt, wobei allerdings herkömmlicher Weise der Vater nicht übergangen wird. Der Vater ist also für das Mobiliarvermögen des Kindes, mit der oben erwähnten Ausnahme, ohne jedes Recht. Wird er Vormund, so hat er keine eigenthümliche väterliche Vormundschaft, sondern er ist bestellter Vormund gleich jedem Anderen. Daß dann seine Vormundschaft nach den Regeln über die Vormundschaft überhaupt beurtheilt wird, ist selbstverständlich [1]).

Es ergeben sich somit drei Vermögensmassen des Kindes:

einmal solche, welche der Vater an sich ziehen kann, das sind die Einkünfte des Immobiliarvermögens und die erarbeitete Fahrhabe des vom Vater verpflegten, unter sechzehn Lebensjahren alten Hauskindes,

sodann solche, an welchen der Vater gesetzlicher Vormund ist, dies ist der Stamm des Immobiliarvermögens,

endlich solche, an welchen der Vater als Vater grundsätzlich kein Recht hat; dies ist das Mobiliarvermögen mit der oben erwähnten Ausnahme.

Im Uebrigen werden die Rechtsverhältnisse zwischen Va-

---

1) Eversley S. 572.

ter und Kind durchaus nach allgemeinen Grundsätzen geregelt. Ueberträgt das Kind seinen Eltern Eigenthum, so gilt das Gleiche, wie wenn es Dritten Eigenthum übertrüge [1]); nur wird, wenn das Kind offenbar benachtheiligt ist, der Vertrag vom Gerichtshofe wegen unerlaubter Beeinflussung wieder aufgehoben [2]). Dies ist indessen nichts Besonderes. Auch der Vertrag zwischen Mündel und Vormund wird aus dem gleichen Grunde wieder aufgehoben [3]). Ueberträgt der Vater an das Kind Eigenthum, so gilt das Gleiche, als ob er es an Dritte übertrüge [4]). Die väterliche Vormundschaft unterliegt denn auch der obrigkeitlichen Controle, wie jede andere Vormundschaft [5]). Sie hört mit der Großjährigkeit und vorher mit der Begründung eines eignen Haushaltes durch das Kind auf. Die römische emancipatio ist dem englischen Rechte nicht bekannt [6]).

Als das allein Unterscheidende zwischen väterlicher und nichtväterlicher Vormundschaft stellt nach dem Obigen Eversley [7]) mit Recht auf: „Der Vater muß das Kind aus eignen Mitteln erhalten und umgekehrt fällt des Kindes Arbeit und Dienst ihm zu. Der Vormund braucht das Kind aus eignen Mitteln nicht zu erhalten, hat deshalb aber auch keinen Anspruch auf Arbeit und Dienste des Kindes". Somit weist das englische Recht bei der väterlichen Vormundschaft bereits einen Beisatz des Unterhaltungsprincipes auf. Aber dieser Beisatz ist nur ein schwacher. Er hat sich zu einem Nutzungsrechte über das ganze Vermögen nicht verdichtet. Wenn der

1) Eversley S. 578.
2) Eversley S. 578 ff.
3) Eversley S. 777 ff.
4) Eversley S. 583.
5) Eversley S. 671.
6) Eversley S. 535, 598 ff.
7) S. 632.

Vater auch die Früchte vom Grundstücke zieht, so muß er über deren Verwendung zum Besten des Kindes Rechenschaft ablegen; nicht für sich, sondern für die Zwecke des Kindes zieht er die Früchte vom Grundstücke. An der Fahrhabe andrerseits hat er nicht einmal die Rechte eines gesetzlichen Vormundes. So geht auf der einen Seite das englische Recht über die Grenzen der väterlichen Vormundschaft hinaus, auf der anderen erreicht es dieselben nicht.

4. Während die bisher erörterten Rechte in der Art der väterlichen Verwaltung streng an den Grundsätzen der Vormundschaft festhielten, weicht das vierte Recht dieser Gruppe, das österreichische, gerade bezüglich dieses Punktes von der Vormundschaft ab. Nach österreichischem Rechte hat der Vater ebenfalls keinen Nießbrauch am Kindesvermögen. Er hat entweder Verwaltungsbefugnisse oder keine Befugnisse. „Alles, was die Kinder auf was immer für eine gesetzmäßige Art erwerben, ist ihr Eigenthum; solange sie aber unter der väterlichen Gewalt stehen, kommt dem Vater die Verwaltung zu [1])". „Nur über das, was ein obgleich minderjähriges, jedoch außer der Verpflegung der Eltern stehendes Kind durch seinen Fleiß erwirbt, sowie auch über Sachen, die einem Kinde nach erreichter Mündigkeit zum Gebrauche übergeben worden sind, kann es frei verfügen [2])". Die Verwaltung des Vaters trägt im Ganzen ebenfalls den Character der Vormundschaft, da der Vater von den Einkünften des Vermögens, soweit sie reichen, die Erziehungskosten bestreiten, den etwaigen Ueberschuß anlegen und darüber jährliche Rechnung ablegen soll [3]). Im Einzelnen greifen aber die Bestimmungen bezüglich der Oberaufsicht des Gerichtes, der Art der Vormundschaftsführung,

1) Allgem. bürgerl. Gesetzbuch 149.

2) § 151.

3) § 150.

der Veräußerung von Fahrhabe, der Anlegung von Capitalien u. s. w. nicht Platz. Der Vater ist hier ungleich freier als der Vormund gestellt. Nur dem Principe, nicht der Ausführung nach ist die väterliche Gewalt in Oesterreich Vormundschaft.

Ganz nach den Grundsätzen der Vormundschaft wird in Oesterreich das Verhältniß der Hauskinder zu Dritten beurtheilt [1]). „Die unter der väterlichen Gewalt stehenden Kinder können ohne ausdrückliche oder doch stillschweigende Einwilligung des Vaters keine giltige Verpflichtung eingehen. Auf solche Verpflichtungen ist überhaupt dasjenige anzuwenden, was in dem nächsten Hauptstücke über die verbindlichen Handlungen der unter Vormundschaft stehenden Minderjährigen bestimmt wird".

Damit stimmt es überein, daß der Vater mit dem Hauskinde ein giltiges Rechtsgeschäft ebenso abschließen kann, wie der Vormund mit seinem Mündel. In beiden Fällen wird ein Specialcurator für das letztere ernannt [2]). Damit stimmt es ferner überein, daß für die Haftpflicht des Vaters besondere Grundsätze nicht aufgestellt sind, daß die Testirfähigkeit des Hauskindes von eignen Rücksichten nicht geleitet wird, daß der Vater mit Bezug auf die Erbschaftsantretung für das Hauskind besondere Rechte nicht hat, und daß die väterliche Gewalt mit der Großjährigkeit des Hauskindes ohne Weiteres aufhört [3]). Jedoch muß bemerkt werden, daß auch die römische emancipatio in Oesterreich bekannt ist [4]).

Ueberschauen wir die vier Rechtsgebiete, welche die väter-

1) § 152.
2) § 271.
3) § 172.
4) § 174.

liche Vormundschaft mit größerer oder geringerer Folgerichtigkeit ausgebildet haben, so finden wir gewisse gemeinsame Züge vor.

Die väterliche „Gewalt" hört mit der Großjährigkeit des Haussohnes auf. Sie hat keinen Einfluß auf die Testirfähigkeit des Hauskindes und giebt dem Vater kein besonderes Recht der Erbschaftsantretung. Der Vater als solcher haftet nicht besonders für die Verpflichtungen des Hauskindes, weder für die Verpflichtungen ex contractu, noch für die ex delicto. Er haftet nur insoweit, als der Vormund oder als jeder Dritte haften würde, also vom Standpunkte der unterlassenen Sorgfalt in der Aufsicht über das Hauskind, ferner vom Standpunkte des Mandates, der negotiorum gestio, der ungerechtfertigten Bereicherung.

Andrerseits haftet das Vermögen des Kindes weder mit dem Stamme noch mit den Früchten den Gläubigern des Vaters.

Zwischen Vater und Kind ist weiter scharfe Personentrennung. Es gilt nach keiner Richtung hin das Princip der Personeneinheit. Zwischen Vater und Hauskind sind Rechtsgeschäfte insoweit möglich, wie sie es zwischen Vormund und Mündel sind. Rechtsgeschäfte zwischen zwei Hauskindern werden lediglich nach dem Kriterium der Vertragsfähigkeit jeder der Vertragschließenden ohne Rücksicht auf ihre Vereinigung unter derselben Gewalt beurtheilt.

Was das Kind erwirbt, erwirbt es sich, nicht dem Vater, gleichgiltig, ob es dies durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden oder von Todes wegen, durch gefälligen oder durch lästigen Vertrag erwirbt.

Die Verwaltung des Vaters richtet sich im Ganzen und im Einzelnen nach den Grundsätzen der Vormundschaft.

Ergaben sich in einzelnen Beziehungen bei den einzelnen Rechten dieser Gruppe Abweichungen von den obigen Grund-

sätzen, so waren diese doch nicht derartig, daß sie das Gesammtbild wesentlich ändern konnten.

Eigenthümlich war, daß von den vier großen Rechtsgebieten, welche die väterliche Vormundschaft durchgeführt haben, nur das österreichische die römische emancipatio kennt. Dies hat seinen inneren Grund. Wo das Hauskind nicht anders als der Gewaltfreie gestellt ist, bedarf es keiner förmlichen Entlassung. Die römische emancipatio war eine Wohlthat für das Kind, die emancipatio saxonica ist eine Wohlthat für den Vater. Nur dieser, wenn überhaupt einer emancipatio, bedürfen diejenigen Rechte, welche die väterliche Vormundschaft durchführen.

B. Rechte, welche auf dem Vormundschafts- und Unterhaltungsprincipe beruhen.

In dieser Gruppe vereinen wir alle Rechte, welche dem Vater neben der Verwaltung noch besondere Befugnisse am Kindesvermögen, diese aber lediglich oder hauptsächlich als Aequivalent für die Unterhaltung seines Kindes gewähren. Hauptsächlich fallen hierunter die Rechte, welche eine Nutznießung des Vaters am Kindesvermögen kennen. Von den Rechten, welche ein Eigenthum des Vaters am Kindeserwerbe kennen, gehören nur diejenigen hierher, welche dieses Eigenthum eben lediglich als Aequivalent für die Unterhaltung auffassen, es also auf ganz geringe Bestandtheile des Kindeserwerbes beschränken, wie das preußische Recht, nicht dagegen diejenigen, welche es aus einem Gewaltverhältnisse ableiten, wie das gemeine Recht.

Man wird von allen Rechten dieser Gruppe nicht sagen können, daß sie das Vormundschafts- nnd Unterhaltungsprincip gleich consequent durchgeführt haben. Die consequente Durch-

führung beider Principien gelangt zur Verwaltung und zum usufructus, von welchen die erstere in Inhalt und Dauer durchaus nach der Vormundschaft sich regelt, der Usufructus dagegen so lange dauert, als das Kind vom Vater unterhalten wird. Im Gegensatze hierzu finden wir bei einem Theile der Rechte unserer Gruppe die Verwaltung des Vaters in Inhalt und Dauer von eignen Gesichtspunkten geregelt, das Nutzungsrecht construktiv und der Dauer nach weitergehend, als es der Gesichtspunkt der Entschädigung für den Unterhalt erheischt. Es hat dann das Gewaltsprincip des gemeinen Rechts seine Einwirkung geübt. Bei jedem Rechte wird es sich deshalb darum handeln, die verschiedenen Bestandtheile zu sondern.

Als naturgemäße Scheidung für die Rechte unserer Gruppe ergiebt sich die Scheidung in Rechte mit Eigenthum des Vaters am Kindeserwerbe und Rechte ohne Eigenthum des Vaters am Kindeserwerbe.

1. Rechte ohne Eigenthum des Vaters am Kindeserwerbe.

Denkbar wäre es, daß der Vater, welcher ein Nutzungsrecht am Kindesvermögen hat, dieses Nutzungsrecht am gesammten Kindesvermögen ohne Ausnahme hat. Auf diesem Standpunkte steht indessen kein bedeutenderes europäisches Recht, so daß wir von ihm absehen können [1]).

Die ins Gewicht fallenden Vertreter unserer Gruppe scheiden vielmehr das Kindesvermögen in zwei Bestandtheile, in

---

1) Von den Schweizer Kantonalrechten nehmen ihn ein das Recht des Kantons Schwyz und das Recht des Kantons Uri. Lardy S. 201, 300; Schlatter S. 232, 260. Innerhalb Deutschlands nehmen ihn ganz unbedeutende Statutarrechte ein, vgl. Roth und v. Meibom, Kurheff. Privatrecht § 123 S. 476; Roth, B.C.R. § 81 Note 25. Auch das serbische Recht scheint auf ihm zu stehen (St. Joseph, Concordance entre les Codes civiles Étrangers et le Code Napoléon 1856 Bd. 3 S. 453 ff.).

ein freies und in ein unfreies Vermögen. An dem freien Vermögen geben sie dem Vater, wenn überhaupt Befugnisse, lediglich Verwaltungsbefugnisse. An dem unfreien Vermögen geben sie dem Vater Verwaltung und Nutznießung.

Innerhalb dieser Rechte nehmen dann wiederum einzelne eine Sonderstellung dadurch ein, daß sie aus dem freien Vermögen gewisse Bestandtheile herausheben, über welche das Kind freie Verfügung, also weder der Vater noch ein Anderer Verwaltung hat, so daß sie drei Massen kennen: Vermögen, an welchem der Vater Verwaltung und Nutznießung, Vermögen, an welchem der Vater Verwaltung, Vermögen, über welches das Kind freie Verfügung hat.

Wir behandeln zunächst die Rechte, welche das Kindervermögen in zwei Bestandtheile zerlegen, in ein freies und ein unfreies Vermögen. Zu ihnen gehört das sächsische, französische, italienische, baltische Recht und das Recht einzelner Schweizer Kantone.

a) Sächsisches Recht.

Das sächsische Gesetzbuch, welches im Großen stark vom römischen Rechte beeinflußt ist, hat sich gerade auf dem Gebiete des Elternrechtes von der römischen Peculienscheidung frei erhalten. Es scheidet nur zwei Vermögensmassen des Hauskindes, diejenigen, woran der Vater Verwaltung und Nießbrauch hat (nichtfreies Vermögen) und diejenigen, welche der väterlichen Verwaltung und Nutznießung nicht unterliegen (freies Vermögen). Das freie Vermögen ist die Ausnahme, das nichtfreie Vermögen die Regel. Das freie Vermögen gilt der väterlichen Aufsicht so sehr entrückt, daß der Vater nicht einmal als Vormund zur Verwaltung desselben herangezogen, daß vielmehr ein besonderer Vormund für dasselbe bestellt

wird [1]). Am freien Vermögen stehen dem Vater keinerlei Befugnisse, am unfreien Vermögen steht ihm Verwaltung und Nutznießung zu.

Freies Vermögen ist bei Adoptivkindern das ganze Vermögen [2]), bei leiblichen Kindern nur das Vermögen, welches Dritte dem Kinde unter der Bedingung zugewendet haben, daß der Vater daran keine Rechte haben solle, ferner das Vermögen, welches den Kindern in Folge Indignität oder Enterbung des Vaters erbrechtlich zufällt [3]). Alles übrige Vermögen ist unfreies Vermögen, gleichgiltig, ob es das Kind durch eigne Arbeit oder durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder durch Erbgang erwirbt.

Für das Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Vaters am unfreien Vermögen ist characteristisch die Dauer und der Inhalt desselben. Es dauert so lange, wie die väterliche Gewalt dauert, nicht etwa, wie die französische jouissance, bis zu einem bestimmten früheren Termine [4]). Da aber die väterliche Gewalt in Sachsen nicht mit der Großjährigkeit, sondern erst mit der römischen Entlassung oder der deutschrechtlichen Gründung eines besonderen Haushaltes aufhört [5]), so geht regelmäßig das Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht über die Großjährigkeit des Hauskindes hinaus.

Scheidet sich so in der Dauer das Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht von der Tutel und dem als Aequivalent für die Unterhaltung aufgefaßten Usufructus, so gilt dies weniger bezüglich seines Inhaltes. Inhaltlich ist sein Nießbrauchsrecht ein wahrer Usufructus [6]), dessen Zusammenhang mit der Un-

1) § 1816.
2) § 1811.
3) § 1811.
4) § 1811.
5) §§ 1831, 1832.
6) § 1811.

terhaltungspflicht darin betont wird, daß die Gläubiger die Früchte des unfreien Vermögens erst nach Bestreitung des Unterhaltes für das Kind in Anspruch nehmen können [1]). Inhaltlich ist das Verwaltungsrecht eine Tutel. Der Vater hat bei minderjährigen Kindern ein Inventar aufzunehmen [2]), er hat u. U. Caution zu leisten [3]), er darf werthvollere Gegenstände des Kindesvermögens nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes veräußern [4]), er haftet den Kindern für culpa in concreto [5]), Alles Normen, welche der Tutel entlehnt sind.

Wenn wir das genetische Verhältniß für diese Satzungen über die väterlichen Rechte feststellen, so müssen wir sagen, daß in nur zwei Beziehungen das römische Recht auf das sächsische Gesetzbuch Einfluß gehabt haben mag — nämlich einmal bezüglich der Kategorien von Vermögensmassen, welche zum freien Vermögen gerechnet werden (mühelos erkennen wir darin den Hauptfall des römischen adventicium irregulare wieder) — sodann bezüglich der Dauer des väterlichen Verwaltungs- und Nießbrauchsrechtes. Aber die ersteren Rechtssätze liegen so in der Natur der Dinge, daß es zu ihrer Herstellung römischen Einflusses nicht bedurft hätte, wie sie ja auch nur principiell, nicht ihren Ausläufern und Wirkungen nach mit dem römischen Rechte sich decken — der zweite Rechtssatz aber wird durch die emancipatio saxonica des sächsischen Gesetzbuches wesentlich in seinem Kerne modificirt.

In allen übrigen Beziehungen erscheint dagegen das sächsische Recht vom römischen Rechte frei. Wie es nicht die vier

---

1) § 1820.
2) § 1813.
3) §§ 1814, 1815.
4) § 1818.
5) § 1816.

Peculien des römischen Rechtes kennt, so deckt sich das Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht des sächsischen Vaters mit den Befugnissen des römischen pater familias am peculium adventicium regulare so wenig, wie das freie Vermögen sich mit dem peculium castrense völlig deckt.

Völlig unbekannt ist dem sächsischen Rechte weiter das Princip der Personeneinheit. Rechtsgeschäfte zwischen dem Vater und den in seiner väterlichen Gewalt stehenden Kindern beurtheilt es nach den allgemeinen Vorschriften [1]).

Keineswegs bindet das sächsische Recht ferner volljährige Kinder an die Genehmigung des Vaters. Volljährige Hauskinder handeln selbst für sich, vorbehaltlich des ihrem Vater zustehenden Rechtes der Verwaltung und des Nießbrauches [2]).

Minderjährige Hauskinder behandelt das sächsische Recht nach einem Principe; die römische Scheidung zwischen unmündigen und mündigen Hauskindern ist ihm fremd [3]).

Einen Einfluß auf die Testirfähigkeit des Hauskindes und die Erbschaftsantretung räumt das sächsische Recht der väterlichen Gewalt nicht ein.

Grundsätzlich haftet endlich das Vatervermögen für die Verbindlichkeiten des Kindes nicht nach anderen als allgemeinen Grundsätzen [4]). Nur bei Verbindlichkeiten, welche das Hauskind zum Zwecke seines Unterhaltes eingegangen ist, gewährt das sächsische Recht dem Dritten unmittelbar einen Anspruch gegen den Vater nach dem Vorbilde der römischen actio de in rem verso [5]).

Im Großen und Ganzen können wir das sächsische Ge-

---

1) § 1827.
2) § 1821.
3) § 1822.
4) § 1825.
5) § 1825, außerdem in den speciellen Fällen der §§ 1826, 1828.

setzbuch zu denjenigen Rechten zählen, welche die väterlichen Befugnisse auf dem Vormundschafts- und Unterhaltungsprincipe aufbauen. Ergaben sich gewisse Abweichungen hiervon, welche auf römischem und anderem Einflusse beruhten, so änderten diese seinen Gesammtcharakter nicht.

b) Französisches Recht [1]).

Das französische Recht scheidet, wie das sächsische, zwischen freiem Vermögen und unfreiem Vermögen des Hauskindes. Am freien Vermögen steht dem Vater nur das Recht der Verwaltung [2]), am unfreien Vermögen steht ihm Verwaltung und Nutznießung (jouissance) zu [3]).

Das freie Vermögen ist auch im französischen Rechte die Ausnahme, das unfreie Vermögen die Regel. Zum freien Vermögen gehört das durch ein eignes Geschäft oder Gewerbe vom Kinde erworbene, ferner das ihm unter Ausschluß des Nießbrauchs der Eltern zugewendete Vermögen, endlich dasjenige Kindesvermögen, an welchem der Vater durch freiwilligen Verzicht oder zur Strafe den Nießbrauch verloren hat [4]). Alles übrige Vermögen des Hauskindes ist unfreies Vermögen.

Der Nießbrauch des Vaters am unfreien Vermögen dauert im Code nur bis zum erfüllten achtzehnten Jahre des Hauskindes [5]). Auf dem Nießbrauche ruhen außer den Lasten jedes Usufructuars auch noch die Lasten der Erziehung des Kindes, der Zinsenzahlung und der Zahlung der Begräbnißkosten [6]). Der Vater ist aber von der Pflicht, Caution zu leisten, bei seinem väterlichen Nießbrauche be-

1) Vgl. zu ihm Aubry et Rau, Cours de droit civil français 1873 Bd. I § 99 ff., Bd. VI § 550 ff.

2) art. 389.

3) art. 389, 384.

4) art. 386, 387.

5) art. 384.

6) art. 385.

freit [1]). Soweit er den Nießbrauch hat, ist er außerdem von gewissen vormundschaftlichen Pflichten frei, vor Allem braucht er die Fahrhabe des Kindes nicht, wie der Vormund, binnen bestimmter Zeit öffentlich versteigern zu lassen, sondern kann sie gegen Schätzung selbst übernehmen [2]).

Während das Nießbrauchsrecht des französischen Vaters sich nur auf das unfreie Vermögen erstreckt, erstreckt sich sein Verwaltungsrecht auf das freie und unfreie Vermögen. Während das Nießbrauchsrecht nur bis zum achtzehnten Lebensjahre des Kindes dauert, dauert das Verwaltungsrecht so lange, wie die väterliche Gewalt dauert [3]).

Der Code hat noch nicht den Muth gehabt, dieses Verwaltungsrecht rein als Tutel aufzufassen. Er sieht vielmehr das Verwaltungsrecht des Vaters während der Ehe als ein selbständiges Institut an, welches nicht nach den Grundsätzen der Vormundschaft beurtheilt werden will. Mit Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau verwandelt er es dagegen in eine Tutel, bei welcher der Vater nur privilegirt ist [4]).

Dem französischen Rechte ist, wie dem sächsischen, der Gedanke der Personeneinheit fremd. Kinder, welche unter väterlicher Gewalt stehen, werden wie Gewaltfreie behandelt. Sie können Vermögen für sich erwerben, nur daß dasselbe bis zu ihrem achtzehnten Jahre der väterlichen Nutznießung unterliegt. Sie verpflichten sich Dritten gegenüber in derselben Weise und unter denselben Voraussetzungen, wie die Gewaltfreien. Demgemäß ist auch im französischen Rechte die Testirfähigkeit des Hauskindes die gleiche, wie die des Gewaltfreien

1) art. 601.

2) art. 453, 470.

3) art. 389.

4) art. 389, 390.

und es stehen dem Vater besondere Rechte auf die Erbschaftsantretung nicht zu.

Demgemäß ordnet auch das französische Recht die Haftpflicht des Vaters nach allgemeinen Grundsätzen. Nur die Besonderheit weist es auf, daß die Eltern für die Delicte der bei ihnen wohnenden minderjährigen Kinder verantwortlich sind [1]).

Demgemäß läßt endlich das französische Recht die väterliche Gewalt mit demselben Zeitpunkte aufhören, wie die Vormundschaft, also mit der Großjährigkeit und Verheiratung [2]). Die Emancipation des römischen Rechtes hat im französischen Rechte zwar Aufnahme gefunden, aber in wesentlich veränderter Gestalt. Sie gewährt dem Kinde zwar die Verwaltung und den Nießbrauch seines Vermögens, stellt ihm bis zur Großjährigkeit aber einen Curator zur Seite [3]).

Das französische Recht, welchem das belgische [4]), holländische [5]), polnische [6]), rumänische [7]) Recht und die Rechte der westschweizerischen Kantone [8]) unverändert oder mit geringen Abweichungen folgen, hat das Unterhaltungsprincip in seiner Jouissance besser verkörpert, als das sächsische Recht. Die fran-

1) art. 1384.

2) art. 476, 389.

3) art. 477 ff.

4) Code civil 384—387, 389, 390, 453, 469, 470, 601, 1384.

5) Burgerligk Wetboek 362—372, 409, 448, 852, 1503.

6) Lehr, Élements de droit civil Russe SS. 100, 101, 114, 137, 142, 144.

7) Codicile civile vom 4. 12. 1864 art. 338, 339—341, 343, 344, 397, 415, 416, 541.

8) Code civil du canton du Valais 1854 art. 166—177, 291, 617, 769. — Code civil du canton Fribourg art. 194—197, 199—204, 206—209, 572. — Code civil de la République et Canton de Neuchatel (1872) art. 275—278, 280, 281, 316, 318, 330, 449, 580, 1132. — Code civil du canton de Vaud (1876) 204—210, 213, 249, 278, 389, 516, 587, 1039.

zösische Jouissance erscheint klar als eine besondere Vergütigung für die väterliche Erziehung und die väterlichen Lasten, etwa wie das Honorar, welches dem Vormunde für seine Mühewaltung gewährt wird, keineswegs als Ausfluß einer **potestas**. Daher hört sie auch mit dem Zeitpunkte auf, mit welchem das Kind regelmäßig ökonomisch selbständig ist, und greift für das Vermögen, welches das Kind selbständig erworben hat, nicht Platz.

Dagegen hat das französische Recht nicht gleich klar das Vormundschaftsprincip bei der väterlichen Verwaltung durchgeführt. Die Verwaltung des französischen Hausvaters während der Ehe birgt Elemente der römischen **potestas** in sich. Doch sind diese nicht stark genug, um auf die Geschäfts-, Erwerbs- und Testirfähigkeit des Hauskindes, sowie auf die Haftpflicht des Hausvaters Einfluß üben zu können. Sie entziehen nur den Vater den vormundschaftlichen Pflichten. Und auch dies nur während der Ehe. Nach Auflösung der Ehe verwandelt sich die Verwaltung in eine Vormundschaft.

c) Das italienische Recht.

Der Codice civile del regno d'Italia [1]) scheidet ebenfalls zwischen Vermögen, welches der väterlichen Verwaltung und Nutznießung unterworfen ist, und zwischen freiem Vermögen. Das unfreie Vermögen ist die Regel, das freie Vermögen die Ausnahme. Zum freien Vermögen gehört [2]), was dem Kinde unter der Bedingung vermacht ist, daß der Vater daran keinen Nießbrauch haben solle, was dem Kinde vermacht ist, damit es eine amtl. Carrière, Kunst oder ein Handwerk ergreife, was das Kind gegen den Willen des Vaters durch Erbschaft, Legat oder Schenkung bekommt, was sich das Kind bei Ge-

---

1) art. 224—234, 237, 497, 1457, 1306, 1153.

2) art. 229.

legenheit oder in Ausübung seines Berufes als Militär, Beamter, Bediensteter, Handwerker, Künstler oder sonst durch eigne Arbeit oder durch selbständiges Gewerbe erwirbt. An dem freien Vermögen hat der Vater nur die Verwaltung.

Am unfreien Vermögen [1]) hat der Vater Verwaltung und Nutznießung [2]).

Das Nießbrauchsrecht des Vaters am unfreien Vermögen dauert bis zur Großjährigkeit oder Entlassung des Hauskindes. Auf dem Nießbrauche ruhen [3]) die Lasten der Erziehung des Kindes, der Zahlung der Zinsen von dem Capitale, und die sonstigen Lasten des Usufructuars mit Ausnahme der Cautionsleistung [4]). Das Nießbrauchsrecht hört bei Wiederverheirathung des verwittweten Vaters auf und kann bei grober Vernachlässigung der väterlichen Pflichten dem Vater durch das Gericht entzogen werden [5]).

Das Verwaltungsrecht des Vaters, welches am freien und unfreien Vermögen besteht, wird durch die Auflösung der Ehe nicht tangirt. Auch nach dem Tode der Frau dauert es in derselben Weise fort.

Das Verwaltungsrecht regelt sich nicht völlig nach den Grundsätzen der Vormundschaft, trägt aber den Grundcharacter der Vormundschaft. Insbesondere unterliegt es der obervormundschaftlichen Controle [6]).

Zwischen Kind und Vater herrscht auch im italienischen Rechte nicht das Princip der Personeneinheit. Zwar kann der

---

1) art. 224.

2) 228.

3) 230.

4) 497.

5) 231, 232.

6) Vgl. 226 mit 296 u. a. (der Vater braucht kein Inventar zu errichten, keine Rechenschaft abzulegen, keine Sicherheit zu leisten, nicht die Fahrhabe öffentlich versteigern zu lassen) 224, 225.

Vater nicht Käufer der Sachen sein, welche dem seiner väterlichen Gewalt unterworfenen Sohne gehören [1]); jedoch gilt das Gleiche vom Vormunde gegenüber dem Mündel. Bei Collision der Interessen von Vater und Kind muß ein Specialcurator ernannt werden [2]).

Im Uebrigen gelten im italienischen Rechte Hauskinder wie Gewaltfreie.

Die Haftpflicht ist wie im Code geregelt. Es haftet der Vater also für den Schaden, welchen die bei ihm wohnenden minderjährigen Kinder anstiften, sonst aber nach allgemeinen Grundsätzen [3]).

Die Testirfähigkeit des Hauskindes wird von der väterlichen Gewalt nicht berührt.

Die Satzungen des italienischen Rechtes erscheinen aus einem einheitlicheren Gusse als die des Code, insofern sie Nutznießung und Verwaltung des Vaters gleich lange währen lassen und insofern sie die Verwaltung des Vaters während und nach der Ehe in der gleichen Weise regeln. Eben während dieser längeren Dauer trägt aber die Nutznießung des italienischen Vaters nicht so ausgeprägt den Character des Aequivalents für die Unterhaltung an sich wie die Jouissance. Andrerseits weist das Verwaltungsrecht des italienischen Hausvaters mehr die Eigenschaft der Tutel auf als die Verwaltung des Code. Es hat also das italienische Recht das Vormundschaftsprincip stärker, das Unterhaltungsprincip schwächer ausgebildet als der Code.

Auf die Aufstellung der Kategorien des freien Vermögens im italienischen Rechte war, wie man sieht, das römische Recht von Einfluß gewesen.

---

1) 1457.

2) 224.

3) 1153.

d) Das baltische Recht[1]).

Das Recht der baltischen Provinzen geht von der gleichen Grundscheidung zwischen unfreiem und freiem Vermögen aus. Es gewährt, gleich dem Code, auch am freien Vermögen dem Vater die Verwaltungsrechte eines Vormundes, am unfreien Vermögen ihm Verwaltung und Nießbrauch.

Zum freien Vermögen zählt es das vom Kinde im Kriegsdienste oder in öffentlichem Amte, in selbständigem Gewerbe, durch besondere Geschicklichkeit oder eigene Kenntnisse erworbene, sowie das ihm von Dritten unter Ausschluß des väterlichen Nießbrauchsrechts vermachte Vermögen. Das übrige Vermögen ist unfreies Vermögen (220).

Am unfreien Vermögen dauert der väterliche Nießbrauch so lange, wie die väterliche Gewalt dauert, d. h. bis zur Großjährigkeit des Kindes. Er kann selbst durch schlechte Verwaltung seitens des Vaters dann nicht entzogen werden, wenn diese die Bestellung eines besondern Vormunds an Stelle des Vaters zur Folge hat (219).

Im Uebrigen richtet sich die Verwaltung des Vaters, sowohl am freien, wie am unfreien Vermögen nach den Grundsätzen der Vormundschaft. Der Vater hat Rechte und Pflichten des Vormundes, nur daß er keine Rechnung abzulegen braucht[2]). Er kann namentlich das Vermögen nur insoweit, wie es der Vormund kann, veräußern. Von der Bestellung einer Sicherheit ist der Vater frei, weil in den baltischen Provinzen jeder Usufructuar davon frei ist[3]).

Das Princip der Personeneinheit ist dem entsprechend auch dem baltischen Rechte fremd. Die Kinder können mit ihrem

---

1) Liv-, esth- und curländisches Privatrecht, Petersburg 1864; vgl. auch Lehr, Éléments de droit civil russe S. 101.

2) 216.

3) 217.

Vater jedes Rechtsgeschäft, welches nicht aus anderen Gründen ungiltig ist, abschließen.

Dritten gegenüber können sich die minderjährigen Kinder durch Rechtsgeschäfte nur mit Genehmigung ihres Vaters verpflichten.

Auch bezüglich der Haftpflicht ist grundsätzliche Scheidung zwischen Vatervermögen und Kindesvermögen. Der Vater haftet mit seinem Vermögen für die Verbindlichkeiten der Kinder nur aus Gesichtspunkten, welche eine Haftung allgemein begründen; das Kind als solches haftet für die Schulden des Vaters nicht (222—224). Nur die römische actio de in rem verso hat auch das baltische Recht recipirt (222).

Auf die Testirfähigkeit und die Erbschaftsantretung hat die väterliche Gewalt keinen Einfluß (1990, 2624).

Das Recht der baltischen Provinzen steht, wie man sieht, dem sächsischen Rechte sehr nahe. Nur in drei Punkten weicht es vom letzteren ab. Einmal unterwirft es das freie Vermögen der Vormundschaft des Vaters, sodann dehnt es die Kategorien des freien Vermögens weiter aus als jenes, endlich beendet es die väterliche Gewalt mit der Großjährigkeit des Hauskindes. Die beiden ersteren Abweichungen stehen in innerem Zusammenhange. Eben weil der Nutznießung des Vaters mehr Güter des Kindes entzogen sind, ist wenigstens die vormundschaftliche Verwaltung dem Vater auch über die freien Güter gewährt. Die letzte Abweichung zeigt eine stärkere Ausprägung des Vormundschaftsprincipes.

e) Schweizer Rechte.

Es gehören drei Kantonalrechte der Schweiz zu dieser Gruppe, das Recht von Baselstadt, von St. Gallen und von Unterwalden nid dem Walde [1]).

1) Lardy S. 47, 171, 273. Schlatter S. 416, 517, 297.

Alle drei Kantonalrechte scheiden ebenfalls zwischen Vermögen, weches der Verwaltung und Nutznießung des Vaters unterworfen ist, und zwischen freiem Vermögen.

Zum freien Vermögen zählt das Recht von Baselstadt, was das Kind durch eigne Arbeit über seinen Lebensunterhalt hinaus erwirbt, das Recht von St. Gallen, was das Kind durch eigne Thätigkeit erwirbt, das von Unterwalden die dem Kinde gemachten Geschenke.

Die Rechte von Baselstadt und St. Gallen gewähren dem Kinde über das freie Vermögen völlige Dispositionsfreiheit, das von Unterwalden stellt das freie Vermögen während der Minderjährigkeit des Kindes unter vormundschaftliche Verwaltung.

Was das unfreie Vermögen betrifft, so dauert das Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht des Vaters nach dem Rechte von Baselstadt so lange, wie das Kind vom Vater unterhalten wird, nach dem Rechte von St. Gallen und Unterwalden so lange, wie die väterliche Gewalt dauert, d. h. nach dem St. Galler Recht bis zur Großjährigkeit, nach dem Unterwaldener bis zur emancipatio saxonica.

Constructiv erscheint das Nutzungsrecht in allen drei Kantonen als Usufructus, das Verwaltungsrecht als Vormundschaft. Das St. Galler Recht macht das Nutzungsrecht ausdrücklich davon abhängig, daß der Vater das Kind pflichtgemäß unterhält.

In allen übrigen Beziehungen gilt zwischen Vater und Hauskind das Gleiche, wie zwischen Vormund und Mündel. Nur nach dem Unterwaldener Recht gilt ein Besonderes für die Verpflichtungsfähigkeit des Hauskindes und für die Haftpflicht des Hausvaters. Der auch großjährige, unter väterlicher Gewalt stehende Haussohn bedarf bei Bürgschaften, Gültbekenntnissen, Geldanleihen, Kauf und Verkauf von Lie-

genschaften der Einwilligung des Vaters. Aus den Geschäften des Sohnes haftet der Vater zwar regelmäßig nur nach allgemeinen Principien. Jedoch haftet er schlechthin, wenn der Sohn mit Zustimmung des Vaters eine Stelle verwaltet oder einen Beruf treibt, für die daher entspringenden Verbindlichkeiten des Sohnes. Schaltet der unter väterlicher Gewalt stehende Sohn bekanntlich im Namen des Vaters, so haftet der Vater für die daherigen Geschäfte, die oben speciell aufgeführten Rechtsgeschäfte ausgenommen.

Wir werden nicht zögern können, anzuerkennen, daß auch in diesen drei Kantonalrechten das Unterhaltungsprincip neben dem Vormundschaftsprincipe der väterlichen Gewalt zu Grunde liegt. Am wenigsten tritt dies im Unterwaldener Recht hervor, in welchem bei der Creirung der freien Vermögensmassen, der Dauer des Nutzungsrechtes und der Regelung der Haftpflicht des Vaters sich andere Gedanken geltend machten. Doch beruhten diese auch nicht auf der römischen potestas, sondern reinen positiv-rechtlichen Bestimmungen, welche nur an römische Vorbilder sich anlehnten. Auf die ganze Gestaltung des Verhältnisses von Vater zu Kind üben sie auch dort keinen Einfluß. Ganz klar trat aber in den beiden anderen Kantonalrechten der Zusammenhang zwischen Unterhaltungspflicht und Nutzungsrecht des Vaters hervor und regelte sich dem entsprechend die Verwaltung des Vaters nach den Grundsätzen der Tutel.

Nachdem wir die Rechte, welche das Kindesvermögen in nur zwei Bestandtheile zerlegen, abgehandelt haben, erledigen wir im Anschlusse daran die Rechte, welche das Kindesvermögen, ohne ein Eigenthum des Vaters am Kindeserwerbe anzuerkennen, in drei Bestandtheile zerlegen, in Vermögen,

an welchem der Vater Verwaltung und Nießbrauch, Vermögen, an welchem er nur Verwaltung, endlich Vermögen, an welchem das Kind völlig freies Eigenthum hat.

Die Zahl dieser Rechte ist gering, weil diejenigen Rechte, welche kein Eigenthum des Vaters am Kindeserwerbe kennen, consequenter zu der Zweitheilung der sächsisch-französischen Gruppe gelangten.

Es sind nur einige Schweizer Kantonalrechte, welche die Dreitheilung der Vermögensmassen des Kindes nach dem Umfange des Verwaltungs- und Nutzungsrechtes des Vaters durchführen.

Hierhin gehören die Kantonalrechte von Solothurn, Aargau, Bern und Graubünden. Sie gewähren dem Vater an keinem Bestandtheile des Kindesvermögens Eigenthum. Sie gewähren ihm vielmehr entweder Verwaltung und Nutznießung oder nur Verwaltung oder keinerlei Rechte.

a. Nach dem Rechte von Solothurn [1]) ist der freien Verfügung der Kinder unterworfen, was den Kindern zur Ausübung ihres Berufes anvertraut ist oder was die Kinder durch eignen Beruf erworben haben (268). Nur der Verwaltung des Vaters unterworfen ist, was den Kindern unter der ausdrücklichen Bestimmung zugewendet wurde, daß die Eltern keinen Genuß daran haben sollen (270). Alles Uebrige ist der Verwaltung und Nutznießung des Vaters unterworfen (269).

Die Verwaltung trägt im Ganzen den Character der Vormundschaft, wenn der Vater auch im Einzelnen privilegirt ist (273, 275). Die Verwaltung und Nutznießung dauert so lange, wie die väterliche Gewalt dauert, d. h. bis zur Großjährigkeit, Entlassung oder Verheirathung der Kinder (278).

---

1) Civilgesetzbuch für den Kanton Solothurn vom 23. Horn. 1838; vgl. auch Lardy S. 214; Schlatter S. 379 ff.

Zwischen Vater und Kind herrscht keine Personeneinheit. Bei Rechtsgeschäften zwischen Vater und Kind ist die Mitwirkung eines Curators und die Genehmigung der Behörde erforderlich (266). Zu Rechtsgeschäften mit Dritten bedürfen Kinder in der Gewalt der Genehmigung des Vaters, für gewisse Geschäfte auch der Genehmigung der Behörde (264, 267). Für die Haftpflicht des Vaters gilt nichts Besonderes (265). Auf die Testirfähigkeit des Hauskindes hat die väterliche Gewalt keinen Einfluß.

b. Nach dem Rechte von Aargau [1]) ist der freien Verfügung des Kindes unterworfen, was das minderjährige, mit Bewilligung der Eltern außer deren Verpflegung stehende Kind durch seinen Fleiß erwirbt, sowie Sachen, die einem Kinde nach erreichter Mündigkeit zum Gebrauche übergeben worden sind (202).

Der bloßen Verwaltung des Vaters unterworfen ist, was Kindern mit der ausdrücklichen Bestimmung geschenkt wurde, daß der Vater keinen Genuß daran haben solle (183).

An allem Uebrigen hat der Vater Verwaltung und Nutznießung während der Dauer der Gewalt (182) d. h. bis zur Großjährigkeit, Entlassung oder Verheirathung eines Kindes (208—213).

Die Verwaltung trägt den Character der tutela, der Vater muß Inventar errichten und Caution leisten (185, 186). Die Nutzung ist ein Usus fructus. —

Zwischen Vater und Kind herrscht auch hier keine Personeneinheit. Bei Rechtsgeschäften zwischen Vater und dem unter seiner Gewalt stehenden Kinde ist letzterem ein Pfleger zu geben (263). Für die Verpflichtungen der Kinder in der

1) Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für den Kanton Aargau vom 14. Wintermonat 1855; vgl. auch Lardy S. 23, 24; Schlatter S. 573.

Gewalt gilt das Gleiche wie für die Verpflichtungen der Mündel (205).

Für die Haftpflicht der Eltern, die Testirfähigkeit des Hauskindes und das Recht zur Erbschaftsantretung seitens des Hausvaters gilt nichts Besonderes.

c. Nach dem Rechte von Bern [1]) hat der Vater, falls nichts Anderes bestimmt ist, Verwaltung und Nutznießung an dem den Kindern in seiner Gewalt von den mütterlichen Großeltern zugefallenen Vermögen (157). Im Uebrigen hat er nur Verwaltung (158). Gänzlich freie Verfügung hat das Kind in potestate über den Erwerb, der aus erlaubter Verwaltung einer Stelle oder aus Ausübung eines Berufes auf eigene Rechnung herrührt (164).

Die väterliche Nutznießung ist hier also die Ausnahme, die väterliche Verwaltung die Regel. Jedoch ist zu bemerken, daß die obigen Grundsätze durch die Rechte des Vaters an der Errungenschaftsgemeinschaft gekreuzt werden (159) [2]).

Das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Berner Vaters dauert bis zur Großjährigkeit des Hauskindes, wenn das Hauskind sich nicht früher verheirathet oder nicht früher entlassen wird (165).

Das Verwaltungsrecht wird im Ganzen von den Grundsätzen der Vormundschaft beherrscht, wenn auch im Einzelnen der Vater privilegirt ist (263).

Zwischen Vater und Hauskind herrscht keine Personeneinheit. Schließt der Vater mit dem unter seiner Gewalt stehenden Kinde einen Vertrag, so ist die Einsetzung eines außerordentlichen Beistandes und die Bestätigung der Behörde nöthig (162).

---

1) Civilgesetzbuch für den Kanton Bern vom 23. Christmonat 1824; vgl. auch Lardy S. 59.

2) Lardy S. 60.

In Betreff der Geschäftsfähigkeit des Hauskindes gilt principiell das Gleiche, wie in Betreff der Geschäftsfähigkeit des Bevormundeten (161). Nur darf das unter väterlicher Gewalt stehende Hauskind unter keinen Umständen eine Bürgschaft eingehen, seine Sachen für Dritte verpfänden oder eine anfallende Erbschaft veräußern (163).

Für die Haftpflicht und das Recht zur Erbschaftsantretung beim Vater und für die Testirfähigkeit des Hauskindes gilt nichts Besonderes.

d. Nach dem Rechte von Graubünden [1]) ist der Vater der natürliche Vormund über das Vermögen seiner minderjährigen Kinder (60). Außerdem hat der Vater regelmäßig Nutznießung an dem Vermögen der minderjährigen Kinder (63). Der Nutznießung entzogen ist, was den Kindern mit der Bestimmung geschenkt oder vermacht wird, daß die Eltern keinen Genuß daran haben sollen, was bei Pathengeschenken vermuthet wird (64). Der Nutznießung und Verwaltung entzogen ist, was die außer der elterlichen Versorgung stehenden Kinder sich erwerben (64).

Das Bündner Privatrecht faßt, wie im Namen, so in der Sache das Verwaltungsrecht des Vaters als Vormundschaft auf. Es läßt ihn deshalb Liegenschaften des Kindes nur mit obervormundschaftlicher Genehmigung veräußern (60), es verpflichtet die Vormundschaftsbehörde zur Ueberwachung, unter Umständen zur Inventarisirung und Abschätzung, sowie zur Abnahme einer Caution (61, 65).

Demgemäß läßt es das väterliche Verwaltungs- und Nutzungsrecht mit der Volljährigkeit und Verehelichung des Kindes endigen. Durch die Wiederverheirathung des Vaters

---

1) Bündnerisches Privatrecht (Civilgesetzbuch 1862); vgl. auch Lardy S. 122, Schlatter S. 543.

erlischt die Verwaltung, die Nutznießung dagegen nur dann, wenn das Kind nicht mehr in seiner Pflege steht (63).

Zwischen Vater und Kind herrscht darum auch keine Personeneinheit. Gegenüber ihren Eltern können Kinder allerdings nur mit Beirath eines außerordentlichen Vormundes und mit Genehmigung der Obervormundschaftsbehörde sich giltig verpflichten (66).

Auf die Testirfähigkeit des Hauskindes hat die väterliche Gewalt keinen Einfluß.

Was endlich die Haftpflicht des Vaters betrifft, so weist das Bündner Privatrecht zwei Besonderheiten auf. Der Vater haftet einmal vom Standpunkte der Bereicherung und nützlichen Verwendung aus den Rechtsgeschäften seiner Söhne, sodann haftet er mit ihnen, falls er in ihre Rechtsgeschäfte eingewilligt hatte oder seine Einwilligung zu vermuthen war. Im Uebrigen haftet er nach allgemeinen Grundsätzen.

Gemeinsam den vier Kantonalrechten ist die Auffassung der väterlichen Verwaltung als Vormundschaft, welcher sie mehr oder weniger entschiedenen Ausdruck geben.

Die Auffassung des väterlichen Nießbrauchs als Aequivalent für die Versorgung tritt bei ihnen darin hervor, daß sie das vom ökonomisch selbständigen Kinde erworbene Vermögen der väterlichen Nutznießung entziehen.

Sie wird dadurch verdunkelt, daß sie sämmtlich das Nießbrauchsrecht erst mit der väterlichen Gewalt endigen lassen.

Für die Haftpflicht des Vaters stellen sie zum Theile eigene Grundsätze auf, welche sich entweder als eine Erweiterung des römischen S. C. Macedonianum darstellen oder sich an den römischen jussus und die römische versio in rem anlehnen. Auf das gesammte Verhältniß zwischen Vater und Kind vermögen diese Abweichungen indessen keinen Einfluß zu üben.

2. Rechte mit Eigenthum des Vaters am Kindeserwerbe.

In den Rechten, welche auf dem Boden des Unterhaltungsprincipes stehend ein Eigenthum des Vaters am Kindeserwerbe anerkennen, gehört als wichtigstes das preußische Recht. Ihm schließen sich mehrere neuere Schweizer Kantonalrechte, das von Tessin, Glarus, Zürich, Schaffhausen, Thurgau, Luzern und Zug an.

a. Preußisches Recht[1]).

Nach dem preußischen Rechte erwerben die Kinder dem Vater, was sie durch Hülfeleistung in der väterlichen Wirthschaft oder dem väterlichen Gewerbe erwerben. Sie erwerben sich zu Eigenthum, dem Vater zu Verwaltung und Nießbrauch, was ihnen durch bloße Schenkungen, Erbschaften, Vermächtnisse oder Glücksfälle zufällt. Alles Uebrige gehört zu ihrem freien Vermögen, vor Allem das, was ihnen unter der ausdrücklichen Bestimmung, daß es dem väterlichen Nießbrauche nicht unterworfen sein sollte, zugewendet ward. Bei Adoptivkindern ist das ganze Vermögen freies Vermögen[2]).

An dem freien Vermögen steht dem Vater während der Minderjährigkeit des Hauskindes nicht einmal die gesetzliche Vormundschaft zu[3]).

An dem unfreien Vermögen steht dem Vater für die ganze Dauer der väterlichen Gewalt d. h. bei Söhnen bis zur Begründung eines eignen Haushaltes, bei Töchtern bis zur Verheirathung das Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht zu.

---

1) Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechtes Bd. 3 (3. Aufl.) § 47 ff.

2) Dernburg § 53 ff.

3) Dernburg § 54.

Das Verwaltungsrecht des Vaters am unfreien Vermögen ist keine tutela. Der Vater ist nicht nur von den formalen Pflichten des Vormundes (Inventarisirung, Rechenschaftslegung) frei, sondern er wird auch in der Verfügung über das Vermögen des Kindes von eignen Normen geleitet [1]).

Das Nießbrauchsrecht des Vaters ist ein wahrer ususfructus, welcher von der standesgemäßen Unterhaltung des Kindes abhängt. Wenn der Vater also die Kinder nicht mehr standesgemäß zu unterhalten vermag, verliert er den Nießbrauch [2]). Der väterliche Nießbrauch ist darin privilegirt, daß der Vater keine Caution zu leisten braucht.

Das Princip der Personeneinheit ist von dem preußischen Rechte gänzlich aufgegeben worden. Die Kinder werden mit Rücksicht auf ihr ganzes Vermögen, freies und nichtfreies, als selbständige Personen behandelt. Bei Rechtsgeschäften mit dem Vater bedarf nur das minderjährige Hauskind eines Specialcurators [3]).

Dritten gegenüber behandelt das preußische Recht minderjährige Hauskinder grundsätzlich gleich den minderjährigen Gewaltfreien [3]).

Großjährige Hauskinder behandelt es dagegen abweichend. Es hat nicht nur die positivrechtliche Bestimmung des S. C. Macedonianum aufgenommen, sondern sie sogar wesentlich erweitert. Für alle Handlungen, durch welche Lasten und Verbindlichkeiten übernommen werden, verlangt es bei großjährigen Hauskindern die Einwilligung des Hausvaters. Nur für die Verträge, welche das freie Vermögen betreffen, gilt eine Ausnahme, sofern der Gläubiger für seine Forderung sich ein Pfand geben läßt [4]).

1) Hierüber vgl. Dernburg § 55.

2) Dernburg § 55 S. 181.

3) Dernburg § 52.

4) Dernburg § 52 S. 167, 168.

Die Testirfähigkeit des Hauskindes wird im preußischen Rechte durch die väterliche Gewalt nicht berührt [1]).

Für die Haftpflicht des Vaters stellt das preußische Recht besondere Grundsätze nicht auf.

Hinsichtlich des unfreien Vermögens steht dem Vater ein Recht der Erbschaftsantretung zu.

Das preußische Recht ist, wenn man von der Dauer des väterlichen Nießbrauchs absieht, ein treuer Anhänger des Unterhaltungsprincipes. Nur, daß es gegenüber dem Adoptivkinde dem Vater den Nießbrauch versagt, ist eine Inconsequenz, welche sich übrigens nicht als ein Zugeständniß an das Gewaltsprincip auffassen läßt, da nach preußischem Rechte der Adoptivvater die Gewalt über das Adoptivkind erhält, sondern welche jedenfalls mißbräuchlicher Ausnutzung der Adoption entgegentreten will.

Dagegen bekennt sich das preußische Recht mehr dem Namen, als der Sache nach zum Vormundschaftsprincipe. Die Verwaltung des preußischen Vaters schließt fast ebensoweitgehende Befugnisse in sich als die des gemeinrechtlichen Vaters [2]). Hier hat sich das preußische Recht vom Banne des gemeinen Rechts nicht befreien können, und dies mußte seine Wirkung auf den Nießbrauch des Vaters ausüben. Das preußische Recht scheidet zwischen Verwaltung und Nießbrauch nicht in gewünschter Weise. Es läßt sie denselben Weg wandeln und ballt sie zu einem Conglomerat zusammen, während sie als Ausflüsse verschiedener Gedanken von einander zu trennen und verschiedener Behandlung, zumal in der Dauer, zu unterwerfen sind. Erklärlich ist eine solche Auffassung im römischen

1) Dernburg § 104 S. 310.

2) Der preußische Vater ist bei Substanzveränderungen allerdings beschränkter als der gemeinrechtliche Vater.

Rechte, wo Verwaltung und Nutzung am adventicium Trümmer eines einst weitergehenden Rechtes sind, welche mit der mangelnden Testirfähigkeit des Hauskindes im engen Zusammenhange stehen. Im preußischen Rechte, wo im Uebrigen das Verhältniß zwischen Vater und Hauskind grundsätzlich nach der Vormundschaft geregelt ist, hat sie keine Berechtigung mehr. —

Die beiden Besonderheiten des preußischen Rechtes hinsichtlich der Verpflichtungsfähigkeit des Hausvaters und des Rechtes des Vaters zur Erbschaftsantretung sind von keiner principiellen Bedeutung.

b. Das Recht des Kantons Tessin [1]) scheidet gleich dem preußischen Rechte zwischen Erwerb des Kindes, welchen der Vater sich aneignet, Erwerb, an welchem er Nutznießung hat, und Erwerb, welcher der Nutznießung nicht unterliegt.

Es eignet sich der Vater an das erarbeitete Gut des Kindes bis zu dessen erfülltem zwanzigsten Jahre d. h. dem Termine der Großjährigkeit, selbst dasjenige eingeschlossen, welches durch Ausübung von artes liberales erworben wird [2]).

Es hat der Vater Nutznießungsrecht an dem Vermögen, welches den Kindern durch Verfügungen Dritter unter Lebenden oder von Todes wegen zugewendet ist, sofern der Dritte nicht das Gegentheil anordnete [3]). In diesem letzteren Falle und in allen übrigen Fällen hat er nur vormundschaftliche Verwaltung.

Das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Vaters am unfreien Vermögen des Kindes dauert so lange, wie die väterliche Gewalt dauert, d. h. bis zum erfüllten fünfundzwanzigsten Lebensjahre des Hauskindes (während das Großjährig-

1) Codice civile della republica e cantone del Ticino 1874.

2) art. 103/3.

3) art. 103/4.

keitsalter bereits mit dem erfüllten zwanzigsten Jahre eintritt) oder bis zur Emancipation [1]).

Das Nutznießungsrecht folgt den Grundsätzen des usus-fructus [2]), das Verwaltungsrecht den Grundsätzen der Vormundschaft. —

Das Princip der Personeneinheit ist auch im Tessiner Rechte nicht recipirt. Für die minderjährigen Hauskinder gilt Dritten gegenüber das Gleiche, wie für das Mündel. Die großjährigen, nicht emancipirten Hauskinder unterliegen dem S. C. Macedonianum [3]).

Ueber die Haftpflicht des Vaters, die Testirfähigkeit des Hauskindes und das Recht des Vaters zur Erbschaftsantretung findet sich nichts Besonderes.

Dem Tessiner Recht ist zweierlei eigenthümlich: das weite Aneignungsrecht des Vaters und die Erstreckung der väterlichen Gewalt bis zu einem bestimmten, vom Großjährigkeitstermine unabhängigen Zeitpunkte. Das Aneignungsrecht des Vaters läßt des Kindes Arbeit ganz in des Vaters Kasse fallen, aber nur des Kindes Arbeit, und des Kindes Arbeit nur bis zur Großjährigkeit des Kindes, nicht bis zur Beendigung der väterlichen Gewalt. Es kann also nicht dem Gewaltsprincipe entspringen, sondern ist offenbar als Correlat für die Erziehungs- und Unterhaltungskosten des Vaters aufgefaßt.

Die andere Eigenthümlichkeit des Tessiner Rechts, die väterliche Gewalt bis zu einem besonderen späteren Zeitpunkte dauern zu lassen, soll, wie es scheint, zwischen dem römischen und germanischen Rechte compromittiren. —

Im Uebrigen steht, wenn man von der Dauer des väterlichen Nießbrauchs absieht, das Tessiner Recht auf dem Boden

1) art. 164.

2) Doch sind Eltern von der Caution befreit, art. 200/1.

3) art. 526.

des Vormundschafts- und Unterhaltungsprincipes. Dem römischen Rechte entlehnt ist die Bestimmung des S. C. Macedonianum. —

c. Das Recht des Kantons Glarus[1]) gewährt dem Vater, wie das Tessiner, Eigenthum an den Verdiensten des Kindes.

Es gewährt dem Vater Verwaltung und Nutznießung am ganzen Vermögen des Kindes, mit Ausnahme des Spargutes.

Am Spargute hat der Vater nur Verwaltung.

Die Verwaltung des Vaters ist eine vormundschaftliche Verwaltung, nicht bloß dem Inhalte, sondern auch der Dauer nach, da sie mit der Großjährigkeit des Kindes ihr Ende nimmt.

In allen übrigen Beziehungen gilt für das Rechtsverhältniß von Vater zu Kind nichts Besonderes. Nur wird der Vater für die Geschäfte, welche das mündige Kind in seiner Gewalt schließt, haftbar, sofern er nicht öffentlich dagegen Protest einlegt. —

Hatten die drei vorherigen Rechte den Erwerb des Kindes in drei Bestandtheile zerlegt, so zerlegen ihn die folgenden Rechte unserer Gruppe in vier Bestandtheile: Erwerb des Kindes, an welchem der Vater Eigenthum, Erwerb, an welchem der Vater Verwaltung und Nutznießung, Erwerb, an welchem der Vater Verwaltung, endlich Erwerb, über welchen das Kind freie Verfügung hat.

Hierhin gehört das Recht von Zürich mit seinen Tochterrechten und das Recht von Luzern.

d. Das Recht von Zürich[2]), welchem die Rechte von

---

1) Lardy S. 110, Schlatter S. 316.

2) Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich (Personen- und Familienrecht).

Thurgau [1]) Schaffhausen [2]) und Zug [3]) im Großen folgen, läßt dem Vater eigenthümlich zufallen, was das Kind durch seine regelmäßige Arbeit erwirbt, jedoch nur insofern der Vater die Kosten des Unterhaltes des Kindes bestreitet (264).

Der Vater hat Verwaltung und Nutznießung am ganzen Vermögen der in seiner Gewalt befindlichen Kinder, soweit nicht Ausnahmen durch Gesetz davon gemacht sind (263).

Der Vater hat nur Verwaltung am Spargute des Kindes, an dem, was den Kindern geschenkt oder hinterlassen ist unter der Bedingung, daß der Vater keine Nutznießung daran haben solle, an dem, was das Kind durch außergewöhnlichen Fleiß erwirbt und was ihm zu freier Verfügung geschenkt ist, hier aber nur bis zu dessen Mündigkeitsalter (267, 266).

Das Kind hat freie Verfügung, wenn es für seinen Unterhalt selbst sorgt, an dem, was es durch seine Arbeit verdient. Es hat weiter freie Verfügung vom Mündigkeitsalter ab an dem, was es durch außergewöhnlichen Fleiß erwirbt und was ihm zu freier Verfügung geschenkt ist (265, 266).

Die Verwaltung des Vaters ist im Züricher Recht dem Namen und der Sache nach eine Vormundschaft. Wie sie deshalb mit der Großjährigkeit und Verheirathung des Hauskindes ihr Ende nimmt, so wird sie im Ganzen von den Grundsätzen über die Vormundschaft beherrscht, wenngleich der Vater im Einzelnen privilegirt ist (261, 262, 268, 272).

Die Nutznießung des Vaters ist ein reiner ususfructus (263).

Das Princip der Personeneinheit herrscht auch im Züricher Rechte nicht. Ueberhaupt gilt für das Hauskind nichts Beson-

---

1) Thurgauer Personen- und Familienrecht v. d. 11. April 1860 §§ 185—197; vgl. auch Lardy S. 257, Schlatter S. 603.

2) Über Schaffhausen vgl. Schlatter S. 451.

3) Über Zug vgl. Lardy S. 345; Schlatter S. 335.

deres. Nur die Haftpflicht des Vaters ist außergewöhnlich scharf durchgeführt. Nicht nur nach allgemeinen Grundsätzen haftet der Vater, sondern er haftet allein für die Schulden, welche das Kind mit seiner Erlaubniß eingeht, sofern das Kind nicht einen Beruf oder ein Gewerbe auf eigne Rechnung treibt, in welch' letzterem Falle er nur subsidiär haftet.

Das Züricher Recht ist verhältnißmäßig consequent auf dem Vormundschafts- und Unterhaltungsprincipe aufgebaut. Daß es eine besonders strenge Haftpflicht des Vaters kennt, thut dem nicht Abbruch. Denn diese Haftpflicht ist kein Zugeständniß an die römische potestas. Der altgermanischen Vormundschaft war diese strenge Haftpflicht übrigens so wenig fremd, daß sie ihr vielmehr kraft Gesetzes anhaftete.

e. Das Recht von Luzern[1]) weist dem Vater zu, was die unter väterlicher Obsorge stehenden Kinder mittelst Handarbeit im Hause des Vaters verdienen (74).

Verwaltung und Nutznießung hat der Vater am ganzen Vermögen der unter väterlicher Gewalt befindlichen Hauskinder, soweit nicht gesetzliche Ausnahmen vorliegen (70).

Der Nutznießung, aber nicht der Verwaltung entzogen ist, was den Kindern unter der ausdrücklichen Bedingung gestattet oder vermacht worden ist, daß der Vater keinen Genuß davon haben solle (71).

Auch der Verwaltung des Vaters entzogen ist, was ein obgleich minderjähriges, jedoch außer der Verpflegung der Eltern stehendes Kind durch seinen Fleiß erwirbt, sowie Sachen, die einem Kinde nach erreichtem 15. Jahre zum Gebrauche übergeben worden sind. Hierüber kann das Kind frei verfügen (74).

---

1) Bürgerliches Gesetzbuch für den Kanton Luzern (Personenrecht) vom 22. Weinmonat 1831, vgl. auch Lardy S. 134, Schlatter S. 201.

Das Verwaltungsrecht des Vaters regelt sich grundsätzlich nach den Satzungen über die Vormundschaft (75, 78), das Nutznießungsrecht ist ein wirklicher ususfructus. Beide hören auf mit der Emancipation und Verheirathung des Hauskindes, dagegen nicht mit der Großjährigkeit allein, sondern erst mit der Begründung einer eignen Wirthschaft durch das Hauskind (79).

Das Princip der Personeneinheit herrscht auch im Luzerner Recht nicht. Schließt der Vater mit einem unter seiner Gewalt stehenden Kinde ein Rechtsgeschäft ab, so muß letzterem ein Kurator beigegeben werden [1]).

Für die Haftpflicht des Hausvaters stellt das Luzerner Recht (76, 77) dieselben Grundsätze auf wie das Recht von Unterwalden nid dem Walde. Außerdem läßt es den Vater aber aus dem Gesichtspunkte der nützlichen Verwendung aus Rechtsgeschäften des Sohnes, aus welchem er sonst nicht haftet, haftbar werden (77).

Im Uebrigen gilt für das Hauskind nichts Besonderes (75, 78).

Zusammenfassung.

Wie bei der ersten Gruppe, wird es sich bei der zweiten darum handeln, das Gemeinsame zusammenzufassen. Und darnach läßt sich Folgendes aufstellen:

1. Gemeinsam allen Rechten der zweiten Gruppe, ob sie ein Eigenthumsrecht des Vaters oder nur ein jus in re aliena desselben am Kindeserwerbe kennen, ist, daß sie das römische Princip der Personeneinheit verneinen. Rechtsgeschäfte sowohl zwischen den Gewaltunterworfenen unter einander, wie zwischen Hauskind und Hausvater sind giltig. Regelmäßig wird dem Hauskinde im letzteren Falle ein Specialcurator zur Seite gegeben, mitunter wird obervormundschaftliche Genehmigung erfordert.

1) § 78 und Gesetz vom 7. März 1871 § 3b.

2. Für die Verpflichtungsfähigkeit des Hauskindes Dritten gegenüber stellt die überwiegende Mehrzahl der Rechte unserer Gruppe keine besonderen Grundsätze auf. Nur wenige Rechte, das preußische und einzelne Kantonalrechte (Unterwalden, Bern, Tessin), wiesen positivrechtliche Beschränkungen der Verpflichtungsfähigkeit des Hauskindes auf, welche sich an das S. C. Macedonianum anlehnten.

3. Auch für die Haftpflicht des Hausvaters stellte der überwiegende Theil der zu unserer Gruppe gehörigen Rechte besondere Grundsätze nicht auf. Von denen, welche solche besonderen Grundsätze aufstellten, beschränkte sie ein Theil auf die Delicte des Hauskindes (französisches, italienisches Recht). Hier war es der Gedanke der Hausgemeinschaft, welcher die besondere Haftung des Vaters hervorrief, und welcher bei dem Verhältnisse des Hausherrn zum Gesinde, des Meisters zum Lehrlinge nicht anders hervortritt — nicht der Gedanke der von der Hausgemeinschaft völlig unabhängigen Gewalt des Vaters. Andere stellten sie dagegen in Anlehnung an die römische versio in rem oder an den römischen jussus für die Contracte der Hauskinder auf, wobei sie zum Theil über die Sätze des römischen Rechtes hinausgingen (Züricher Recht).

4. Auf die Testirfähigkeit des Hauskindes hatte nach keinem Rechte unserer Gruppe die väterliche Gewalt einen Einfluß.

5. Von einem Rechte des Vaters, den Erwerb, welchen das Hauskind ausschlug, insbesondere die Erbschaft für sich anzutreten, wußten alle Rechte unserer Gruppe nichts. Nur das preußische Recht gewährte dem Vater die Befugniß die unter das unfreie Vermögen fallende Erbschaft, auch wider Willen des Hauskindes anzutreten.

6. Das Eigenthum des Vaters am Kindeserwerbe, welches einzelne Rechte unserer Gruppe kannten, beschränkten sie

sämmtlich auf erarbeitetes Gut. Innerhalb dieser Schranken gingen am weitesten die Rechte von Tessin und Glarus, welche sämmtliches erarbeitete Gut des minderjährigen Kindes dem Vater zusprachen. Auf die regelmäßige Arbeit beschränkte es das züricher Recht und stellte als ausdrückliche Bedingung die Alimentation des Kindes durch den Vater hin.

Auf die Arbeit im Hause des Vaters beschränkte es das preußische Recht. Auf die Handarbeit im Hause des Vaters beschränkte es das Luzerner Recht.

7. Sämmtliche Rechte unserer Gruppe kannten ein Nutzungsrecht des Vaters am Grundstocke des Kindervermögens, am „unfreien Vermögen".

Was die Dauer dieses Nutzungsrechtes betrifft, so schränkte sie am meisten das französische Recht ein. Indem es die Jouissance nur bis zum 18. Jahre währen ließ, zeigte es deutlich, daß es dieselbe rein als Aequivalent für die Unterhaltung des Kindes auffaßte. Die übrigen Rechte ließen es erst mit dem Zeitpunkte endigen, mit welchem sie die väterliche Gewalt endigten, also entweder mit der Großjährigkeit des Hauskindes oder erst mit der Begründung eines eignen Haushaltes durch das Hauskind oder mit einem bestimmten späteren Termine. Doch ergab sich auch bei ihnen, daß sie es als Aequivalent für die Unterhaltung des Kindes betrachteten. Denn sie construirten es als reinen ususfructus und hoben zum größten Theile den Zusammenhang zwischen Nutzungsrecht und Unterhaltungspflicht ausdrücklich hervor.

8. Von diesem der Nutznießung des Vaters unterliegenden Grundstocke des Kindesvermögens schieden dann sämmtliche Rechte unserer Gruppe gewisse Vermögensmassen aus, welche als freies Vermögen dem unfreien Vermögen gegenübertraten. Die Gesichtspunkte, welche bei der Aufzählung der freien Vermögensbestandtheile maßgebend waren, waren

ziemlich einheitlich. Ueberall sollte freies Vermögen sein, was Dritte dem Kinde mit der Bestimmung zuwendeten, daß es nicht der Nutznießung des Vaters unterliegen sollte. In den meisten Rechten ward dazu gerechnet, woran der Vater wegen Verzichtes oder zur Strafe den Nießbrauch nicht besitzen sollte. In vielen Rechten gehörte dazu, was das Kind durch eigne, selbständige Arbeit erwarb. In manchen Rechten ward das ganze Vermögen des Adoptivkindes dazu gerechnet.

9. Neben dem Nutzungsrechte besaß der Vater in sämmtlichen Rechten unserer Gruppe ein Verwaltungsrecht, regelmäßig am gesammten Kindesvermögen.

Dieses Verwaltungsrecht faßten die meisten Rechte unserer Gruppe als eine, wenn auch privilegirte Vormundschaft auf.

Das preußische Recht faßte es dagegen als ein eigenartiges Institut auf, welches aus sich heraus zu beurtheilen war.

Eine Mittelstellung nahm der Code ein. Das Verwaltungsrecht des Vaters während der Ehe besaß nach ihm einen eigenartigen Character, nach Auflösung der Ehe nahm es den Character der Vormundschaft an.

10. Regelmäßig unterlag dem Verwaltungsrechte auch das freie Vermögen. Jedoch wichen einzelne Rechte hiervon ab.

a. Sie unterwarfen das freie Vermögen der Vormundschaft eines Dritten, so das sächsiche Recht und preußische Recht.

b. Sie hoben einzelne Massen des freien Vermögens heraus, welche weder der Verwaltung noch der Vormundschaft des Vaters oder eines Dritten, auch während der Minderjährigkeit des Kindes, sondern welche der freien Verfügung des

Kindes unterliegen sollten; so viele Schweizer Rechte, (Solothurn, Aargau, Bern, Graubünden, Zürich, Luzern).

11. Was die Beendigung der väterlichen Verwaltung betrifft, so hielt die größere Zahl der Rechte unserer Gruppe an dem Großjährigkeitstermine fest, die geringere an dem Termine der **separata oeconomia**. Merkwürdigerweise waren hier die romanischen Rechte der Vormundschaftsidee geneigter wie die germanischen. Das italienische und französische Recht beendigten die väterliche Verwaltung mit der Großjährigkeit des Hauskindes, das preußische und sächsische Recht erst mit der **separata oeconomia**.

C. Rechte, welche auf dem Gewaltsprincipe beruhen.

Zu dieser dritten Gruppe fassen wir die wenigen europäischen Rechte zusammen, welche die römische **potestas** noch in einem Eigenthumsrechte des Vaters an gewissen Vermögensmassen des Kindes verkörpern. Es gehören hierhin das gemeine deutsche, das spanische und das portugiesische Recht. Das sie vereinigende Moment ist, daß sie das römische **peculium profecticium** kennen. Im Uebrigen werden sie in verschiedenem Grade von dem römischen Gewaltsprincipe beherrscht.

1. Das gemeine deutsche Recht.

Das vielfach zerklüftete Bild, welches uns das gemeine Recht auf dem von uns behandelten Gebiete aufweist, erklärt sich aus dem Ringen zwischen den beiden mächtigen Principien, welche das Alterthum und die Neuzeit bewegen, dem Principe der vermögensrechtlichen Allmacht des Vaters und dem Principe der vermögensrechtlichen Selbständigkeit des Haussohnes.

Das letztere, in stetem Kampfe mit dem ersteren begriffen, vermag nur schrittweise den Boden sich zu erkämpfen.

Der zeitlichen und inhaltlichen Allmacht des Vaters entsprach im altrömischen Rechte die Unmöglichkeit von Rechtsgeschäften zwischen Vater und Hauskind, die völlige Geschäftsunfähigkeit des unmündigen Hauskindes, der grundsätzliche Mangel der testamenti factio activa beim Hauskinde, die ganze Idee der Peculien, die eigenthümliche Haftpflicht des Hausvaters, die wichtige Stellung der emancipatio. Jede dieser Gestaltungen verlor an Abrundung und Verständlichkeit mit der sich keilartig eintreibenden Selbständigkeit des Hauskindes, welche die spätrömische Entwicklung bereits anerkennen mußte und welche das germanische Recht auf vermögensrechtlichem Gebiete von jeher aufrecht erhalten hatte.

Gänzlich verschwand das altrömische Princip der Personeneinheit zwischen Hausvater und Hauskind, die Geschäftsfähigkeit des Hauskindes modelte sich nach der Geschäftsfähigkeit des Gewaltfreien, die testamenti factio des Hauskindes wurde wenigstens für das peculium militare durchgesetzt, von den Peculien ist das dem altrömischen Rechte eigenthümlichste profecticium wenig practisch geworden, die Haftpflicht des Vaters beginnt, sich auch im gemeinen Rechte nach allgemeinen Gesichtspunkten zu regeln, die römische emancipatio ist durch die deutschrechtliche emancipatio in den Hintergrund gedrängt worden.

So sind es nur einzelne Punkte, in welchen sich das gemeine Recht als Sonderling von seinen Nachbarn abhebt.

Das gemeine Recht in seiner heutigen Gestaltung kennt vier Vermögensmassen des Kindes, solche, an welchen der Vater Eigenthum hat, peculium profecticium, solche, an welchen der Vater Verwaltung und Nießbrauch hat, peculium adventicium regulare, solche, an welchen der Vater nur

väterliche Verwaltung hat, peculium adventicium irregulare, solche, an welchen der Vater nur vormundschaftliche Verwaltung hat, peculium militare [1]).

Die Vermögensbestandtheile, an welchen der Vater Verwaltung und Nießbrauch hat, sind die Regel, die übrigen bilden die Ausnahme.

Eigenthum hat der Vater an demjenigen Vermögen, welches er dem Kinde zu selbständigem Haben übertragen hat, ohne daß das Kind Eigenthum daran erwerben soll. Ursprünglich, wo das Princip der Personeneinheit noch bestand, bezog sich dies auf Alles, was das Kind vom Vater erhielt. Heute bedarf es einer ausdrücklichen Bestimmung, um ein peculium profecticium zu schaffen. Ist über das Maß der Kindesrechte dabei nichts festgesetzt worden, so hat das Kind keine Veräußerungsbefugniß und der Vater kann das peculium zu allen Zeiten wieder an sich ziehen. Zieht er es nicht an sich, so fällt es mit der Emancipation an das Hauskind [2]).

Diese ganze wundersame Gestaltung des profecticium — über deren Ueberflüssigkeit de lege ferenda man wohl einig ist [3]) — äußert nur bei der Haftpflicht des Vaters eigenthümliche Wirkungen. —

Dem peculium profecticium diametral entgegengesetzt sind die peculia militaria, Vermögensmassen des Kindes, welchen als gemeinsames Moment der Erwerb durch völlig eigne Kraft zu Grunde liegt, während über die einzelnen dahin zu rechnenden Fälle keine Einigkeit herrscht [4]). An ihnen

1) Windscheid, Pandecten § 516—518, Roth, D. P.-R. § 165 ff., Stobbe, Handbuch § 254, Beseler, System § 131.

2) Windscheid § 518.

3) Daß das peculium profecticium nicht ganz verschwunden ist, darüber vgl. Roth, D. P.-R. § 167 Note 1, Stobbe, Handb. § 254, Beseler, System § 131 Note 1.

4) Vgl. Windscheid § 516 Note 8, Stobbe § 255 Note 3.

hat der Vater während der Minderjährigkeit des Kindes die gesetzliche Vormundschaft, nach erreichter Großjährigkeit des Kindes keine Rechte. Die peculia militaria des gemeinen Rechts sind durch die emancipatio saxonica selten gemacht worden.

Das dem römischen Rechte eigne Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Vaters äußert sich bei den noch übrig bleibenden zwei Vermögensmassen des Kindes, dem peculium adventicium regulare und dem peculium adventicium irregulare.

Das peculium adventicium irregulare ist das dem Kinde unter der ausdrücklichen Bestimmung zugewendete Vermögen, daß der Vater daran keine Nutzung haben solle, ferner dasjenige Vermögen des Kindes, an welchem das Gesetz die Nutzung des Vaters wegen ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzichtes des Vaters oder wegen allzu unbilliger Bereicherung des Vaters ausschließt, vorausgesetzt, daß dieses Vermögen nicht unter die Kategorie des militare fällt. An diesem hat der Vater nur die väterliche Verwaltung [1]).

An allem übrigen Vermögen des Kindes hat der Vater väterliche Verwaltung und Nutzung.

Das Verwaltungs- und das Nutzungsrecht des Vaters am peculium adventicium des Hauskindes dauert so lange, wie die väterliche Gewalt dauert, also bis zur römischen oder deutschen Emancipation des Hauskindes, von welchen die letztere im Leben überwiegt.

Sie bilden zusammen constructiv keine tutela usufructuaria. Sie bilden keine tutela u s u f r u c t u a r i a; denn das Nutzungsrecht des Vaters wird von den Schranken des Ususfructus, Cautionsbestellung, regelrechter Benutzung der Sache,

---

1) W i n d s c h e i d § 517, 2 behandelt den Vater gegenüber dem p. a. i. als Vormund; hiergegen mit Recht R o t h, D. P.-R. § 167 Note 22.

absoluter Unfähigkeit zur Veräußerung, nicht umgrenzt [1]). Sie bilden keine tutela. Denn der Vater hat als Verwalter nicht die vormundschaftlichen Pflichten der Inventaraufnahme und Rechnungslegung, er haftet für omnis diligentia, sein Verwaltungsrecht kann ihm, nach einer freilich nicht constanten Praxis, wegen übler Verwaltung nicht entzogen werden [2]). Sie folgen vielmehr ihren eignen Rücksichten. Ihr Ausgangspunkt ist die patria potestas des römischen Rechtes. Das Minus, welches sie ihr gegenüber enthalten, beruht auf den Concessionen, welche die spätrömische und die mittelalterliche Entwicklung der sich bahnbrechenden Idee der Selbständigkeit des Haussohnes widerwillig gemacht hat. Sie hängen deshalb mit der mangelnden Testirfähigkeit des Hauskindes beim adventicium innerlich zusammen. Aber freilich drängt die Praxis mehr und mehr dahin, sie unter den Rahmen der tutela usufructuaria zu bringen [3]).

Das altrömische Princip der Personeneinheit zwischen Hausvater und Hauskind, welches die Unmöglichkeit von Rechtsgeschäften nicht nur zwischen jenen, sondern auch zwischen zwei Hauskindern unter einander zur Folge hatte, ist zwar von Particularrechten dem Buchstaben nach aufgenommen, von der Praxis aber nie beobachtet worden. Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind gelten als zulässig. Dem minderjährigen Kinde wird dabei ein Specialcurator gegeben [4]).

Ebensowenig sind die zarten Unterschiede, welche das römische Recht in der Geschäftsfähigkeit des Hauskindes und des Gewaltfreien machte, von der Praxis beobachtet worden.

---

1) Roth, D. P.-R. § 168^II.

2) Roth, D. P.-R. § 168^I, Stölzel, Recht der väterlichen Gewalt § 12, 4.

3) Stölzel, Recht der väterlichen Gewalt § 12, 4.

4) Vgl. oben S. 151 Note 2.

Das Hauskind wird während der ganzen Zeit seiner Minderjährigkeit dem Gewaltfreien mit Bezug auf seine Handlungsfähigkeit gleich behandelt [1]).

Dagegen sind die beiden rein positivrechtlichen Bestimmungen des S. C. Macedonianum und des beneficium competentiae noch heute in Geltung [2]).

Eigenthümliche Wirkungen äußert die so verstümmelte römische potestas noch mit Bezug auf die Testirfähigkeit des Hauskindes. Nur für die militärischen Peculien ist diese durchgeführt, während über das ganze übrige Vermögen das Hauskind nicht letztwillig verfügen kann [3]). Eine der inneren Ratio entbehrende Bestimmung, da an den Vater das unfreie Vermögen des Hauskindes außer dem peculium profecticium nicht mehr ohne Weiteres anfällt, sondern da es sich nach gewöhnlichen Grundsätzen vererbt. Das Ziel, dem Vater seine Verwaltung und Nutzung zu erhalten, wird auch bei Gewährung der Testirfähigkeit an das Hauskind erreicht.

Der gemeinrechtliche Hausvater hat das Recht, die von dem Hauskinde ausgeschlagene Erbschaft, nach einer anderen Ansicht den von dem Hauskinde ausgeschlagenen Erwerb überhaupt, für sich anzutreten [4]).

Am weitesten zurückgeblieben ist das gemeine Recht auf dem Gebiete der Haftpflicht des Vaters. Neben der actio de peculio, welche durch das seltene Vorkommen des peculium profecticium ziemlich gegenstandslos geworden ist, bleiben die actio tributoria, die actio quod jussu und die actio de in rem verso als Rechtsmittel gegen den Vater übrig, während er mit den gewöhnlichen Klagen aus Mandat und Geschäfts-

---

1) Stölzel § 10, Roth § 164 II, 1.

2) Stölzel § 10.

3) Windscheid § 537 Note 22, Stölzel § 10, Roth § 164 II, 4.

4) Windscheid § 516, 4, Roth § 164 II, 3, Stölzel § 15.

führung nicht belangt werden kann [1]). Aber die Praxis drängt auch hier dahin, die Sonderlichkeiten des gemeinen Rechtes abzuschleifen. Sie gewährt die actio negotiorum gestorum in den Fällen gegen den Vater, wo dieser durch Geschäfte des Sohnes ihm obliegende Unkosten erspart hat, und sie sucht mit der actio de dolo nachzuhelfen, wo weder ein Handelsbetrieb des Sohnes noch ein jussus oder eine Bereicherung des Vaters nachweisbar ist [2]).

Die Bedeutung der römischen emancipatio ist endlich durch die deutsche separata oeconomia, wenn nicht rechtlich, doch thatsächlich wesentlich abgeschwächt worden [3]).

Wie man sieht, macht sich überall im gemeinen Rechte der Zug geltend, den engen Anschluß mit der modernen Rechtsanschauung zu bekommen. Blieb vielfach das gemeine Recht hinter dieser zurück, so war dies mehr constructiv und theoretisch, als practisch wichtig. Am meisten zu beachten sind die mangelnde Testirfähigkeit des Hauskindes über sein unfreies Vermögen, die Bestimmungen über die mangelnde Darlehnsfähigkeit und das beneficium competentiae des Hauskindes, endlich die principlosen Satzungen über die Haftpflicht des Vaters.

2. Das spanische Recht [4]).

Das spanische Recht, welches durch ein neueres Gesetz in dieser Materie eine Regelung erfahren hat, scheidet zwischen vier Bestandtheilen des Kindesvermögens:

a. Eigenthum erwirbt der Vater an Allem, was das Kind in seiner Gewalt sich mit dem ihm vom Vater zur Ver-

---

1) Stölzel § 14.
2) Stölzel § 14.
3) Beseler § 123 III.
4) Lehr, Éléments de droit civil espagnol, Paris 1880, S. 142, 143.

fügung für ein Gewerbe oder Handwerk gestellten Kapitale erwirbt.

b. Verwaltung und Nutzung hat der Vater an dem Vermögen, welches das bei ihm lebende Kind durch lucrativen Titel oder durch Arbeit erwirbt.

c. Verwaltung allein hat der Vater an dem Vermögen, welches Kindern gegeben oder vermacht ist zur Bestreitung ihrer Erziehung oder unter der ausdrücklichen Bedingung, daß der Vater davon nicht die Einkünfte bekommen solle.

d. Freie Verfügung hat das selbständig lebende Kind über das, was es durch lucrativen Titel oder durch Arbeit erwirbt.

Die väterliche Gewalt und das damit verbundene Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Vaters hört auf mit der Großjährigkeit bei Emancipation des Hauskindes [1]).

Das Nutzungsrecht ist ein wahrer Usus fructus, wenngleich der Vater zur Cautionsleistung nicht verbunden ist. Das Verwaltungsrecht des Vaters regelt sich nach den Grundsätzen des römischen Rechtes.

Zwischen Vater und Hauskind herrscht keine Personeneinheit.

Dritten gegenüber können die Hauskinder, zum Unterschiede von Gewaltfreien, sich ohne Einwilligung des Vaters für das unfreie Vermögen nicht verpflichten. Das Macedonianum, welches ebenfalls in Spanien galt, hat durch die Beschränkung der Dauer der väterlichen Gewalt auf die Minderjährigkeit des Hauskindes seine eigentliche Bedeutung verloren [2]).

Für die Haftpflicht des Vaters aus Contracten und De-

---

1) Lehr S. 148 ff.

2) Lehr S. 369.

licten des Hauskindes, für die Testirfähigkeit des Hauskindes und das Recht des Vaters zur Erbschaftsantretung gilt in Spanien nichts Besonderes [1]).

Das spanische Recht ist historisch aus dem römischen Rechte erwachsen. Es hat nicht, wie Deutschland, ein fremdes Recht recipirt, sondern es hat sich von jeher in dem gleichen Rahmen bewegt. Trotzdem hat es in stärkerem Grade, wie Deutschland, die Schranken des römischen Rechtes gesprengt.

Die vierfache Scheidung des Kindesvermögens ist bei ihm nur eine äußerliche Aehnlichkeit mit dem römischen Rechte. Zwar findet das **peculium profecticium** eine Schwestergestaltung, dagegen werden die dem **adventicium** und **castrense** entsprechenden Gestaltungen von den Gesichtspunkten der ökonomischen Abhängigkeit oder Selbständigkeit des Hauskindes durchaus beherrscht.

In der Dauer der väterlichen Gewalt, der Auffassung des väterlichen Nießbrauchsrechtes, der Haftpflicht des Vaters u. A. sind die römischen Grundsätze verlassen worden. Nur mit Bezug auf das Verwaltungsrecht des Vaters und die Verpflichtungsfähigkeit des Hauskindes hat das römische Recht seine Geltung behalten.

3. Das portugiesische Recht [2]).

Das portugiesische Recht gewährt dem Vater Eigenthum an demjenigen Vermögen, welches die bei ihm lebenden Kinder durch Kapital, welches ihnen der Vater zur Verfügung gestellt hat, erwerben (144).

Verwaltung und Nutznießung hat der Vater an demjenigen Vermögen, welches das beim Vater lebende Kind durch eigne Arbeit oder durch lucrativen Titel erwirbt. (145).

---

1) Lehr S. 428, 476.

2) Codigo civil Portuguez.

Nur Verwaltung hat der Vater an dem, was dem Kinde unter Ausschluß des Nießbrauches des Vaters vermacht ist und was der Vater wegen Indignität nicht erbt. (146).

Nicht einmal Verwaltung hat der Vater

a. an dem, was das selbständig lebende Kind durch lucrativen Titel oder durch Arbeit erwirbt,

b. an dem, was das Kind als Militär, durch wissenschaftlichen Beruf oder Ausübung von artes liberales erwirbt, gleichgiltig ob es bei dem Vater lebt oder nicht,

c. an dem, von dessen Verwaltung der Vater durch ausdrückliche Bestimmung des Zuwendenden ausgeschlossen ist. (147).

Das Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Vaters dauert nur bis zur Großjährigkeit, bez. Emancipation des Hauskindes.

Das Nutzungsrecht ist ein wahrer Usufructus, wenngleich der Vater zur Cautionsleistung nicht verbunden ist.

Das Verwaltungsrecht regelt sich nach theilweise selbständigen Grundsätzen.

Zwischen Vater und Hauskind herrscht auch hier keine Personeneinheit. Bei Rechtsgeschäften zwischen Vater und Hauskind soll ein Specialcurator gegeben werden.

Für die Verpflichtungsfähigkeit des Hauskindes Dritten gegenüber, für die Haftpflicht des Vaters und dessen Recht zur Erbschaftsantretung, endlich für die Testirfähigkeit des Hauskindes gilt nichts Besonderes.

Das portugiesische Recht schließt sich, wie man sieht, nur bezüglich der Kategorien des freien Vermögens an das römische Recht näher an als das spanische Recht. In allen übrigen Beziehungen hat es die römischrechtlichen Eigenthümlichkeiten gleich diesem abgestreift.

Es ergiebt sich aus dem Obigen, daß von den drei Rechten unserer Gruppe nur das gemeine Recht vom Gewaltprincipe innerlich ergriffen ist. Bei den beiden anderen Rechten äußerte sich das Gewaltprincip lediglich im profecticium, aber ohne eine eigenthümliche actio de peculio zu begründen, und im Verwaltungsrechte des Vaters.

Im Uebrigen standen sie auf dem Boden des Vormundschafts- und Unterhaltungsprincipes.

D. Rückblick und Vorblick.

Wenn wir auf die bisherigen Erörterungen zurückblicken, so gewahren wir, daß die Rechte, welche auf dem Vormundschafts- und Unterhaltungsprincipe beruhen, den größten Raum einnehmen, nicht nur der Zahl, sondern auch der Bedeutung nach. Bei ihnen fanden sich die meisten neueren Codificationen. Ferner wiesen sowohl die Vertreter des alleinigen Vormundschaftsprincipes wie die Vertreter des Gewaltsprincipes Abweichungen nach ihrer Seite hin auf, während sie zu Gunsten des Gewaltsprincipes wesentliche Abweichungen nicht enthielten.

Dieser zweiten Gruppe gehört allem Anscheine nach also die nächste Zukunft, zumal in Deutschland, wo sie bereits jetzt stark vertreten ist und wo es gilt, mit dem gemeinen Rechte nicht allzu schroff zu brechen.

Wird demnach aller Voraussicht nach das künftige Civilgesetzbuch die Wege wandeln, welche ihm durch die Richtung des modernen Rechtes auf Selbständigmachung des Hauskindes gewiesen werden, wird es also dem Vater nicht als Inhaber einer Herrschaft, sondern als Gewährer von Wohlthaten ein Nutzungsrecht am Kindesvermögen zugestehen, so ergeben sich mit Bezug auf die Regelung des väterlichen Rechtes im

Einzelnen freilich viele Fragen, von denen hier nur die principiell wichtigsten zu beantworten sind.

So viel wäre zunächst klar, daß das Verwaltungsrecht und das Nutzungsrecht des Vaters nicht nach einem Muster zu behandeln wären. Das Nutzungsrecht des Vaters hätte nur bei dem Kinde, welches vom Vater, und beim Kinde nur, solange es vom Vater unterhalten wird, Platz zu greifen. Es hätte also fortzufallen bei dem außerhalb der väterlichen Unterhaltung stehenden Kinde, ferner bei dem Kinde, dessen Unterhaltung der Vater anhaltend böswillig unterläßt. Es müßte, streng genommen, fortfallen mit dem Augenblicke, wo das Kind sich selbst unterhält, und zwar stufenweise zunächst für die Vermögensmassen, welche das Kind sich durch eigne Kraft erwirbt, und mit welchen es einen Theil seiner ökonomischen Bedürfnisse bestreitet, allmählich sodann auch für die übrigen Vermögensmassen des Kindes.

Mit welchem Termine es für die sämmtlichen Bestandtheile zu enden hätte, wäre eine Frage, bei deren Beantwortung die historische Entwicklung in Deutschland zu berücksichtigen wäre. Das deutsche Recht könnte hier kaum in der gleich radicalen Weise wie das französische Recht vorgehen. Es hätte mit den bestehenden Systemen zu rechnen, welche das Nutzungsrecht des Vaters regelmäßig erst mit der Begründung eines eignen Haushaltes durch das Kind, ausnahmsweise mit der Großjährigkeit des Kindes, enden lassen.

Wären dem Nutzungsrechte nicht diejenigen Vermögensbestandtheile des Kindes zu unterwerfen, welche durch die eigne Kraft des Kindes erworben werden, so dürfte man von einem anderen Gesichtspunkte aus auch diejenigen nicht darunter rechnen, welche von einem Dritten unter Ausschluß des väterlichen Nutzungsrechtes zugewendet wurden. Alle heutigen Rechte stimmen darin überein, diese Massen vom Nutzungs-

rechte des Vaters auszunehmen. Das künftige Civilgesetzbuch wird hierin keine Aenderung vornehmen können. Ob es zweckmäßig sein möchte, auch das Vermögen des Adoptivkindes dem Nutzungsrechte zu entziehen, um einem Mißbrauche mit der Adoptirung zu steuern, wäre eine besondere Frage. Eine logische Consequenz wäre diese Entziehung jedenfalls nicht. Das römische Recht und mehrere neuere Rechte entzogen dem väterlichen Nutzungsrechte das Vermögen, welches dem Kinde wegen Indignität oder Enterbung des Vaters erbrechtlich zufiel, und dasjenige, welches das Kind gegen den Willen des Vaters erwarb, das römische Recht endlich, falls das Kind mit dem Vater zusammen Geschwister beerbte, den auf das Kind fallenden Erbtheil. Zu diesen Bestimmungen treibt die logische Nothwendigkeit nicht.

Constructiv wäre das Nutzungsrecht des Vaters als Ususfructus hinzustellen, mit etwaiger Befreiung des Vaters von der Cautionspflicht. Eine abweichende Construction nach dem Vorgange des gemeinen Rechts würde dem Aequivalentsgedanken nicht entsprechen und die Durchsichtigkeit des ganzen Rechtssystemes trüben. Der Zusammenhang dieses Nutzungsrechtes mit der Unterhaltungspflicht wäre den Gläubigern des Vaters gegenüber darin zu betonen, daß man ihnen allein in den Ueberschuß der Nutzung gegenüber den Unterhaltungskosten Execution gewährte.

Das Verwaltungsrecht des Vaters wäre principiell als Vormundschaft zu construiren, wenn man auch dem Vater mancherlei Privilegien (Befreiung von der Errichtung eines Inventars, von der Rechenschaftsablegung, von der obervormundschaftlichen Genehmigung zu gewissen Acten) gewähren müßte.

Consequenter Weise hätte es deshalb bis zum Großjährigkeitstermine des Kindes zu dauern. Ob das Civil-

gesetzbuch der separata oeconomia dennoch nicht eine Concession gleich dem sächsischen Rechte machen wird, erscheint freilich fraglich [1]).

Das Verwaltungsrecht hätte sich principiell auch auf diejenigen Vermögensmassen des Kindes zu erstrecken, an welchen der Vater keine Nutzung hat, wie es umgekehrt mit der Nutzung des Vaters nicht nothwendig Platz griffe. Ganz andere Gesichtspunkte wären für das Verwaltungsrecht meist maßgebend als für das Nutzungsrecht. Es hätte fortzufallen, wo der Vater zur Vormundschaft aus natürlichen oder positivrechtlichen Gründen unfähig wird, während es ganz unabhängig davon wäre, ob das Kind im Hause des Vaters lebt oder nicht. Umgekehrt hätte der zur Verwaltung unfähige Vater seinen Nießbrauch beizubehalten, wo ihm dieser aus selbständigen Gründen nicht entzogen wird, freilich wohl nur in der rechtlichen Form eines Anspruches auf die Einkünfte des Kindervermögens nach Abzug der Unterhaltungskosten, da das factische Haben der Güter dem Vater fehlte. Daß Verwaltungs- und Nutzungsrecht dem Vater in einzelnen Fällen aus dem gleichen Gesichtspunkte oder aus verwandten Gesichtspunkten entzogen würden, ist natürlich. Aus dem gleichen Gesichtspunkte, wenn der dritte Zuwender beide ausgeschlossen hat. Aus verwandten Gesichtspunkten, wenn der Vater, wie die Unterhaltung, so die vormundschaftlichen Pflichten böswillig unterläßt, vor Allem aber, wenn das Kind durch eignen Beruf oder eigne Thätigkeit außer dem Hause sich etwas erwirbt. Wie das Nutzungsrecht des Vaters hieran fortzufallen hätte, weil das Kind einen Theil seiner ökonomischen Bedürfnisse selbst bestreitet, so das Verwaltungsrecht, weil das Kind

---

1) Vgl. die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche für Sachsen, 1861, S. 874, 875.

für diesen Bereich die nöthige Selbständigkeit bewiesen hat, einer Vormundschaft nicht mehr bedarf.

Eine dritte Frage ist, ob dem Vater auch Eigenthum am Kindeserwerbe zu gewähren wäre. Aus praktischen Gründen wäre diese Frage zu bejahen. Gestattet man dem Vater, das Kind, welches bei ihm lebt, zu häuslichen Diensten heranzuziehen, so müßte man ihm auch für den daher rührenden Erwerb Eigenthum zusprechen. Dabei scheint sich auf dem richtigsten Standpunkte das preußische Recht zu halten, welches den Erwerb des Kindes aus der Arbeit im Hause des Vaters dem Vater zuspricht, insoweit die Arbeit väterlichen Zwecken dient.

Für die übrigen Rechtsverhältnisse zwischen Vater und Kind untereinander und Dritten gegenüber liegt die Strömung des modernen Rechtes auf Tilgung aller Besonderheiten des römischen Rechtes so klar zu Tage, daß kaum ein Wort darüber zu verlieren ist. So wenig wie das Princip der römischen Personeneinheit lebensfähig ist, so wenig wird die Geschäfts- und Testirfähigkeit des Hauskindes in Zukunft sich von der des Gewaltfreien zu unterscheiden haben. Am ehesten könnte man bezüglich der Haftpflicht des Vaters für die Rechtsgeschäfte des Hauskindes Bedenken äußern. Doch wird ein Blick auf hervorragende Codificationen der Neuzeit (französisches, preußisches, österreichisches, italienisches Recht) überzeugen, daß die Feuerprobe in dieser Richtung gut bestanden ist. Dem innigeren Verhältnisse von Vater zu Kind kann die Judicatur bei Anwendung der allgemeinen Principien über die Haftpflicht trotzdem gerecht werden.

II. Die Rechte der Mutter am Kindesvermögen.

Historische Entwicklung.

Die rechtliche Stellung der Mutter gegenüber dem Vermögen ihrer Kinder war im römischen und germanischen Rechte die gleiche, so lange der Vater seine gesetzlichen Befugnisse am Kindesvermögen auszuüben im Stande war.

Im ältesten römischen Rechte verband sich die patria potestas mit der potestas des Ehemannes über die Frau in manu, um während der Ehe der Mutter alle und jedwede Befugnisse gegenüber dem Kindesvermögen zu rauben. Die patria potestas ließ keine andere Herrschaft neben sich aufkommen, die potestas des Ehemannes machte zur Ausübung irgend einer Herrschaft unfähig.

Als die Manusehe der freien Ehe das Feld räumte, wurde die Mutter zwar an sich fähig, eine rechtliche Herrschaft auszuüben. Aber die patria potestas drängte sich während der Ehe zwischen sie und das Kind, wie in personenrechtlicher, so in vermögensrechtlicher Beziehung.

Im ältesten germanischen Rechte verband sich die Vormundschaft des Vaters mit dem mundium des Ehemannes über die Frau, um die Mutter von allen Rechten am Kindesvermögen auszuschließen. Die Vormundschaft des Vaters, als egoistisches Recht, mit welchem Nutzungsrechte verbunden waren, duldete keine Einmischung oder Theilnahme der Mutter. Das mundium des Ehemannes über die Frau machte die Frau zur Uebernahme einer Vormundschaft über das Mündel ihres Mundherrn unfähig. —

Römische und germanische Ideen beherrschen in reiner Ausprägung oder miteinander vermischt noch heute im Großen die Satzungen über die väterlichen Rechte am Vermögen des

Kindes. Haben sich Einengungen ergeben, so geschah dies zu Gunsten der Selbständigkeit des Hauskindes. Die Mutter hat während der Ehe in vermögensrechtlicher Beziehung den Kindern gegenüber eine Ausdehnung ihrer Herrschaft nicht zu verzeichnen.

Erst von dem Augenblicke ab, wo der Vater aus irgend einem Grunde die Rechte am Vermögen seiner Kinder verliert, mußte die Auffassung beider Rechte von der Stellung der Mutter hervortreten.

Das römische Recht barg in der patria potestas eine Gestaltung, welche es auf die Mutter nicht übertragen konnte. Der harte, männliche Geist, welcher die römische patria potestas durchdringt, ließ sich in die der Mutter zu verleihenden Befugnisse nicht hineintragen. Es blieb der römischen Entwicklung nur übrig, eine eigne Gestaltung für die mütterlichen Rechte zu schaffen oder die mütterlichen Rechte unter eine der bestehenden Kategorien unterzuordnen. Sie wählte das Letztere. Sie gewährte der Mutter, wenn auch zögernd, den Anspruch auf Führung der Vormundschaft über ihr minderjähriges Kind mit allen Consequenzen derselben. Um aber zu diesem Eingeständnisse zu gelangen, mußte das römische Recht eine lange Entwicklung durchmachen. Es mußte die Mutter von der ihr als Frau auferlegten Geschlechtsvormundschaft befreien und sie befähigen, für Andere die Vormundschaft zu führen. Erst der justinianeischen Gesetzgebung war es beschieden, diese Entwicklung zum Abschluß zu bringen.

Das germanische Recht besaß in der väterlichen Vormundschaft dagegen eine Rechtsbildung, welche es auf die Mutter übertragen konnte. Unterschied sich seine väterliche Vormundschaft in ihrem Kerne nicht von der Vormundschaft überhaupt, so war die Mutter zur Fortsetzung der väterlichen Vormundschaft über die Kinder von dem Augenblicke an jedenfalls be-

fähigt, wo das Recht sie zur Vormundschaft überhaupt fähig erklärte. Die historische Entwicklung ließ bei der Mutter diese Fähigkeit früher eintreten als bei anderen Frauen [1]).

Noch buntscheckiger, als beim Vater, ist bei der Mutter der heutige Rechtszustand in Folge der sich kreuzenden Einflüsse beider Rechtsideen geworden.

Da, wo die väterliche Vormundschaft mit der sonstigen Vormundschaft Schritt hielt, also in den Rechten, welche die väterlichen Befugnisse auf dem reinen Vormundschaftsprincipe aufbauen, setzt mit deren Auflösen die Mutter regelmäßig die Rechte des Vaters fort.

Da, wo die väterliche Vormundschaft auf dem Standpunkte der alten tutela usufructuaria blieb, also in den Rechten, welche auf dem Vormundschafts- und Unterhaltungsprincipe beruhen, setzt häufig die Mutter die väterlichen Rechte fort. Mitunter sind hier aber der Mutter geringere Rechte eingeräumt oder es ist der römische Standpunkt eingenommen.

Da, wo die römischrechtliche Auffassung einer patria potestas zu Grunde liegt, ist meist der Mutter nur ein Recht auf die Vormundschaft, selten eine der väterlichen Gewalt gleiche Gewalt gewährt.

Es wird sich auch hier darum handeln, die einzelnen Gruppen von Rechten zu sondern und schließlich den Zug der Zeit festzustellen.

Anders, als beim Vater, werden wir hier zu scheiden haben: Rechte, welche die mütterlichen Befugnisse nach den Befugnissen des Vaters regeln (Rechte mit mütterlicher Gewalt), und Rechte, welche der Mutter, wenn überhaupt Befugnisse, andersgeartete Befugnisse als dem Vater gewähren (Rechte ohne mütterliche Gewalt).

---

1) Stobbe, Handbuch § 250 N. 3, 265².

A. Rechte, welche die mütterlichen Befugnisse nach den Befugnissen des Vaters regeln.

Hierhin gehören zunächst, wie zu erwarten war, diejenigen Rechte, welche auf dem reinen Vormundschaftsprincipe beruhen. Eine Ausnahme macht nur das österreichische Recht, das am wenigsten consequente seiner Gruppe. Es gehören hierhin also:

1. die skandinavischen Rechte. In den skandinavischen Rechten stehen die persönlichen Rechte und die Vermögensrechte gegenüber den Kindern in gleichem Maße beiden Elterntheilen zu. Doch übt sie während der Ehe allein der Vater aus. Stirbt der eine Ehegatte, so gehen dessen Rechte und Pflichten auf den Ueberlebenden über[1]). Bei Trennung der Ehe durch Scheidung werden entweder, wie in Dänemark und Norwegen, beide Ehegatten, ohne Rücksicht darauf, welcher der schuldige Theil ist, als gleichberechtigt angesehen oder es erhält nur der unschuldige Theil die Ausübung der elterlichen Rechte[2]). —

Die Mutter tritt nicht *nothwendig* in die väterlichen Rechte und Pflichten ein, sondern sie hat nur ein *Recht* darauf, des Kindes Gut unter ihrer Vormundschaft zu behalten. Will sie von diesem Rechte nicht Gebrauch machen, so greift die verwandtschaftliche oder gerichtliche Vormundschaft Platz. Sie hat dieses Recht auch nur, solange sie im Wittwenstande bleibt. —

Ihr Recht ist auf der anderen Seite ein unentziehbares. Ihr Ehemann kann insbesondere nicht durch letztwillige Verfügung einen anderen Vormund einsetzen.

---

1) R. E. I § 21 S. 52, 53.

2) A. a. O. S. 53.

Dem Inhalte und der Dauer nach unterscheidet sich die mütterliche Vormundschaft nicht von der väterlichen Vormundschaft. Nur wird die Mutter in der Führung der Vormundschaft von Gegenvormündern beaufsichtigt.

Eine thatsächliche Brechung erleiden die Grundsätze von der mütterlichen Vormundschaft in Dänemark und Norwegen durch die Grundsätze über die ungetheilte Wirthschaft. Die Wittwe kann mit Genehmigung der Obrigkeit oder auf Grund testamentarischer Bestimmung ihres verstorbenen Ehemannes mit den unmündigen Kindern in ungetheilter Wirthschaft sitzen bleiben. In diesem Falle gilt für sie das Gleiche wie für den Wittwer bei ungetheilter Wirthschaft [1]).

2. Das englische Recht. Nach englischem Rechte [2]) stehen der Mutter nach dem Tode des Vaters dieselben Rechte am Vermögen des Kindes zu wie dem Vater. Sie gilt gleich dem Vater als der natürliche Vormund ihrer Kinder, als Vormund vermöge Natur und Erziehung (guardian by nature and nurture) [3]). Für sie greifen die gleichen Verschiedenheiten in der Behandlung von Fahrhabe und Liegenschaften der Kinder Statt, wie für den Vater [4]). Mit ihrer Wiederverheirathung werden ihre Rechte am Vermögen des Kindes nicht nothwendig beendet [5]). Ja das Recht auf Aneignung der erarbeiteten Fahrhabe des unter sechzehn Jahren alten Kindes geht sogar auf ihren neuen Ehemann über, da dieser zur Unterhaltung seiner Stiefkinder verpflichtet ist [6]).

Auch nach englischem Rechte hat die Mutter nicht die

---

1) A. a. O. I S. 146 ff.
2) Eversley S. 537.
3) Eversley S. 535.
4) Eversley S. 572, 573, 575.
5) Eversley S. 538.
6) Eversley S. 575.

Pflicht, die Vormundschaft der Kinder zu führen, sondern lediglich das Recht dazu. Sie hat nur die Pflicht, ihre Kinder zu erziehen und zu unterhalten. Will sie die Vormundschaft über die Kinder nicht führen, so tritt die ordentliche Vormundschaft ein.

Bei Führung der Vormundschaft wird die Mutter von Gegenvormündern nicht controlirt. Sie wird nur vom Gerichtshofe in derselben Weise wie der Vater beaufsichtigt [1]).

Das Recht der Mutter auf die Vormundschaft ist kein unentziehbares. Es kann durch letztwillige Vormundschaftsbestellung seitens des Vaters entkräftet werden [2]).

3. Das russische Recht [3]). Auch nach russischem Rechte hat die Mutter die gleichen Rechte gegenüber dem Vermögen ihrer Kinder, wie der Vater, doch übt sie dieselben erst nach des Vaters Ableben aus. Selbst die beiden Abweichungen des russischen Rechtes nach der Richtung der väterlichen Gewalt greifen auch für die Mutter Platz.

Dem Rechte der Mutter entspricht nicht die Pflicht. Will die Mutter die Vormundschaft über ihre Kinder nicht fortsetzen, so tritt der ordentliche Vormund ein.

Das Recht der Mutter ist andrerseits ein unentziehbares. Der Vater kann nicht letztwillig einen anderen Vormund bestellen.

Das Recht der Mutter erlischt nicht mit deren Wiederverheirathung.

Es steht der Mutter ferner uneingeschränkt zu. Die Mutter wird nicht durch Gegenvormünder oder Beistände beaufsichtigt oder unterstützt.

---

1) Eversley S. 537.

2) Eversley S. 537, 648.

3) Lehr S. 98 ff., 114, 116, 141.

In den Gouvernements Tschernigof und Poltava hatte der Vater, wie wir sahen, bis zur Großjährigkeit des Kindes den Nießbrauch am Kindesvermögen und stand andrerseits für den Schaden ein, welchen die bei ihm lebenden Kinder anstifteten.

Diese beiden Abweichungen greifen für die Mutter nicht Platz. Vielmehr hat sie in diesen beiden Gouvernements nur ein Recht auf die ordentliche Vormundschaft mit allen Consequenzen derselben [1]).

Von den Rechten, welche auf dem Vormundschafts- und Unterhaltungsprincipe beruhen, regelt ein Theil die mütterlichen Rechte nach den väterlichen. Hierhin gehören das baltische, italienische Recht und mehrfache Schweizer Rechte. Der Code mit seinen Tochterrechten regelt sie in verwandter Weise wie die väterlichen Rechte. Dagegen regeln beide in verschiedener Weise das preußische und sächsische Recht sowie ein Theil der Schweizer Rechte. Nur über den ersterwähnten Theil dieser Rechte ist hier zu handeln.

4. Nach dem baltischen Rechte [2]) tritt die Mutter nach dem Tode des Vaters in dessen sämmtliche Rechte ein. Bei der einfachen Regelung der väterlichen Rechte als tutela usufructuaria vermögen die baltischen Rechte mit Leichtigkeit die väterlichen Rechte auf die mütterlichen zu übertragen.

Das Recht der Mutter auf die Verwaltung kann ihr durch den Vater entzogen werden, wenn der Vater testamentarisch einen Vormund ernennt. Damit verliert sie das Recht auf den Nießbrauch nicht [3]).

---

1) Lehr S. 141.
2) 215—224.
3) Lehr S. 115.

Durch die Wiederverheirathung der Mutter wird nach livländischem und curländischem Rechte Verwaltung und Nutznießung beendet, nicht dagegen nach esthländischem Rechte.

5. Nach italienischem Rechte übt bei Verhinderung oder nach dem Tode des Vaters die Mutter die väterliche Gewalt aus [1]). Sie hat nicht bloß das Recht, sondern auch die Pflicht dazu. Eine Vormundschaft greift deshalb nur Platz, wenn keiner der Elterntheile die Gewalt ausüben kann [2]). Bei der Ausübung der Gewalt gehen Usufruct und Verwaltung ihre eigenen Wege. Die Mutter erhält den Usufruct in den Fällen, wo der Vater aus persönlichen Gründen von ihm ausgeschlossen ist, im Uebrigen aber die väterliche Gewalt ausübt [3]). Sie verliert den Usufruct schlechthin durch die Wiederverheirathung [4]), die Verwaltung dagegen verliert sie bei Wiederverheirathung nur, wenn der Familienrath sie ihr nicht belassen will [5]). Sie kann in ihrem Usufruct vom Vater nicht eingeschränkt werden, dagegen kann der Vater testamentarisch der Mutter die Art der Verwaltung vorschreiben, in welchem Falle sie von den vorgeschriebenen Maßregeln nur mit Genehmigung des Familienrathes abweichen kann [6]).

6. Das Recht des Kantons Bern läßt die elterliche Gewalt von dem Vater, als dem Haupte der Familie, ausgeübt werden. Bei Bevogtung oder Tod des Vaters übt sie die Mutter aus [7]).

Die Mutter übt diese Gewalt nicht allein aus. Sie be-

---

1) 220.
2) 241.
3) 238.
4) 232.
5) 237.
6) 235.
7) 153, 253.

darf der Hülfe eines Vogtes oder Beistandes [1]). Sie übt diese Gewalt nur so lange aus, als sie im Wittwenstande bleibt. Mit ihrer Wiederverheirathung hört die Gewalt mit sämmtlichen Rechten auf. —

Im Uebrigen gilt für die mütterlichen Rechte durchaus das Gleiche wie für die väterlichen.

7. Das Recht des Kantons Solothurn läßt die elterliche Gewalt durch die Mutter nach dem Tode des Vaters ausgeübt werden [2]). Bei Trennung der Ehe durch Scheidung übt sie die Mutter aus, falls ihr die Erziehung der Kinder anvertraut wird [3]).

Das Recht der Mutter ist unentziehbar. Der Vater kann es ihr letztwillig nicht rauben [4]). Es ist uneinschränkbar. Der Vater kann ihr keinen Beistand geben noch ihr Vorschriften über die Art der Verwaltung machen. Es ist unabhängig von der Wiederverheirathung der verwittweten Mutter.

8. Das Recht von Aargau läßt die elterliche Gewalt durch die Mutter ausgeübt werden, wenn der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert war oder sie verloren hat [5]). Bei Scheidung übt die elterliche Gewalt derjenige Theil aus, welchem die Erziehung der Kinder anvertraut wurde [6]).

Das Recht der Mutter ist unentziehbar [7]) und uneinschränkbar, wie in Solothurn. Es erlischt aber mit der Wiederverheirathung der Mutter [8]).

---

1) 153.
2) 253.
3) 254, 272.
4) 362.
5) 174.
6) 175.
7) 259.
8) 189.

9. Das Recht des Kantons Thurgau bestimmt im § 198 kurz und bündig: Die Rechte und Pflichten des Vaters gehen auf die Mutter über, wenn der Vater gestorben ist oder soweit derselben im Falle der Ehescheidung die väterliche Gewalt übertragen worden ist."

Daraus ergiebt sich, daß die Mutter nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, die väterliche Gewalt fortzusetzen.

Das Recht der Mutter ist ein unentziehbares. Der Vater kann es ihr durch testamentarische Bestimmung nicht rauben. Auch kann er es nicht einschränken.

Dagegen erlischt es durch Wiederverheirathung der Wittwe [1]).

10. Das Recht des Kantons Luzern hat sich erst in neuerer Zeit auf den Standpunkt der mütterlichen Gewalt gestellt. Das Vormundschaftsgesetz vom 7. März 1871 bestimmt im Gegensatz zum früheren Rechte, daß beim Tod des Vaters oder in Fällen, wo der Vater dauernd oder vorübergehend nicht im Stande ist, seine Gewalt auszuüben, die Mutter in die Rechte und Pflichten des Vaters eintreten kann (§ 9).

Sie hat aber nur das Recht, nicht die Pflicht dazu. Lehnt sie ab, so wird ein Vormund bestellt (§ 9). Doch bleibt ihr dann der Nießbrauch des Vaters.

Ihr Recht ist nicht unentziehbar. Der Vater kann vor dem Tode einen anderen Vormund bestimmen, er kann ihr auch den Nießbrauch nehmen (§ 9).

Ihr Recht ist nicht so unbeschränkt, wie das des Vaters. Sie hat ein Inventar aufzunehmen und Sicherheit zu leisten (§ 9).

Bei Wiederverheirathung verliert sie ihr Nießbrauchsrecht

---

1) 236 d.

[illegible]

[illegible]

11. Das spanische Recht. Das spanische Gesetz vom 1[illegible]. Juni 1870 bestimmt ausdrücklich, daß in Ermangelung des Vaters die Mutter über ihre Kinder die dem Familienhaupte zugetheilte Gewalt ausüben solle[1]. Demnach ergiebt sich, daß das spanische Familienrecht auch für sie gilt.

Das Recht der Mutter ist ein unentziehbares. Der Vater kann an ihrer Statt im Testamente nicht einen Vormund einsetzen[2].

Bei Wiederverheirathung verliert die Mutter die Gewalt, sofern sie nicht Sicherheit leistet[3].

12. Das portugiesische Recht. Nach ihm steht beiden Eltern gemeinsam die väterliche Gewalt zu, doch übt sie während der Ehe der Vater als Familienhaupt aus (138). Nach seinem Tode setzt die Mutter die väterliche Gewalt fort (155). Bei ihr trennen sich Verwaltung und Nutzung in ähnlicher Weise, wie wir dies im italienischen Rechte sahen. Sie verliert die Nutzung durch zweite Heirath (149), dagegen verliert sie die Verwaltung durch ihre Wiederverheirathung nur, wenn der Familienrath beschließt, sie ihr zu entziehen (162).

1) Lehr S. 180.
2) Lehr S. 154.
3) Lehr S. 157, 178.

Während andrerseits der Vater ihr den Usufruct nicht entziehen oder schmälern kann, kann er ihre Verwaltung durch Ernennung testamentarischer Beistände einengen (159).

13. Mehrere bairische und hessische Statutarrechte, dann die Rechte einzelner mitteldeutscher Kleinstaaten (Sachsen-Weimar, Sachsen-Coburg, Reuß ä. L., Lippe-Detmold, Oldenburg), endlich die Rechte der Hansastädte Hamburg und Bremen regeln innerhalb des gemeinrechtlichen Gebietes die mütterlichen Rechte nach den väterlichen [1]). Gemeinsam diesen Rechten ist, daß während der Ehe der Ehemann die Gewalt allein ausübt. Erst bei dauernder Verhinderung von ihm und nach seinem Tode fällt die Gewalt an die Mutter. Der Inhalt der mütterlichen Gewalt unterscheidet sich in vermögensrechtlicher Beziehung nicht von dem Inhalte der väterlichen Gewalt. Ein Theil dieser Rechte faßt die mütterliche Gewalt als ein Recht auf, auf welches die Mutter verzichten kann, ein Theil dagegen als eine Pflicht, deren sich die Mutter nicht entledigen kann (das Letztere Bremen, Sachsen-Weimar). Regelmäßig dauert in ihnen die mütterliche Gewalt bis zur Wiederverheirathung der Mutter — Einzelne, wie Sachsen-Weimar (Gesetz § 15) lassen mit der Wiederverheirathung die Verwaltung enden, den Nießbrauch fortdauern.

Zusammenfassung.

Ueberschauen wir die Rechte, welche die mütterlichen Befugnisse in Uebereinstimmung mit den väterlichen Befugnissen regeln, so gewahren wir, daß sie sich aus den drei Haupt-

1) Roth, bair. Civilrecht I § 81, II § 102.; D. Pr. II § 169. Stölzel, Eheschließungsrecht S. 46 ff., 83 ff. Hinschius, Commentar zum Reichsgesetze über die Beurkundung des Personenstandes S. 105 Note 29. v. Sicherer, Commentar zum gleichen Reichsgesetze S. 297 ff. Stobbe, Handbuch IV § 250. Beseler, System (4. Aufl.) § 123 S. 556.

gruppen, welche sich bei den väterlichen Rechten ergaben, zusammensetzten. Selbst im Lager des gemeinen Rechts waren Fahnenflüchtige zu bemerken, deren Zahl vor dem Inkrafttreten der preußischen Vormundschaftsordnung noch größer war. Das römische Gewaltsprincip hat also auch in dieser Beziehung seine Kraft verloren.

Gemeinsam allen Rechten war, daß die mütterlichen Befugnisse in das Leben oder in Thätigkeit traten erst von dem Momente ab, wo der Vater seine Befugnisse auszuüben nicht mehr im Stande war.

Was den Inhalt der mütterlichen Befugnisse betraf, so regelten ihn fast alle Rechte in völliger Uebereinstimmung mit den väterlichen Befugnissen. Nur einzelne, vom Code darin beeinflußte, neuere Rechte ließen bei der Mutter eine schärfere Trennung von Nießbrauch und Verwaltung eintreten als es beim Vater geschah. Sie sahen als unzerstörbaren Kern der mütterlichen Gewalt den Nießbrauch, als dagegen mit der weiblichen Individualität schwerer verträglich das Verwaltungsrecht an. Sie ließen die Nutznießung deshalb der Mutter, wo sie ihr die Verwaltung nahmen, und ließen ihr die Nutznießung uneingeschränkt, wo sie sie in der Verwaltung beschränkten. —

Der weitaus größere Theil der Rechte faßte die mütterliche Gewalt lediglich als eine Befugniß der Mutter auf, von welcher sie Gebrauch machen, auf welche sie aber auch verzichten konnte. —

Die größere Zahl von Rechten faßte die mütterliche Gewalt als eine unentziehbare Befugniß auf. Ein Theil jedoch ließ sie nicht Platz greifen, falls der Vater testamentarisch einen Vormund bestellt hatte. Von diesen Rechten gewährten diejenigen, welche ein väterliches Nießbrauchsrecht kannten, der Mutter dann wenigstens in ihrer Mehrheit den Nießbrauch.

Was die Dauer der mütterlichen Gewalt betrifft, so beschränkten die meisten Rechte sie bis zur Wiederverheirathung der Wittwe. Ein Theil schied zwischen Nutznießung und Verwaltung, ließ mit der Wiederverheirathung die Nutznießung ohne Weiteres, die Verwaltung nur bei zwingenden Gründen aufhören. Nur wenige ließen die Verwaltung damit aufhören, die Nutznießung bestehen oder maßen der Wiederverheirathung keinen Einfluß bei.

B. Rechte, welche der Mutter, wenn überhaupt Befugnisse, andersgeartete Befugnisse als dem Vater gewähren.

Nur das negative Moment, daß die Rechte der Mutter nicht in Uebereinstimmung mit den Rechten des Vaters gebildet sind, vereinigt die einzelnen, hier zusammenzufassenden Rechtsquellen. Im Uebrigen herrscht innerhalb dieser Gruppe große Mannigfaltigkeit. Es gilt auch hier nach Gruppen zu sondern.

Da ergiebt sich nun zunächst, daß keines der Rechte, welche ein Eigenthum des Vaters am Kindeserwerbe kennen, der Mutter ein Eigenthum zuspricht, ohne ihr die mütterliche Gewalt zuzusprechen. Als unterscheidendes Moment wird also das vorhandene oder fehlende Eigenthum der Mutter nicht aufgestellt werden können.

Dagegen sprechen mehrere Rechte, welche ein Nießbrauchsrecht des Vaters am Kindesvermögen kennen, der Mutter das gleiche Nießbrauchsrecht ohne mütterliche Gewalt zu. Wir sondern somit die Rechte mit mütterlichem Nießbrauche von den Rechten ohne mütterlichen Nießbrauch.

1. Rechte mit mütterlichem Nießbrauche.

a. Am nächsten den Rechten mit mütterlicher Gewalt stehen diejenigen Rechte, welche der Mutter das gleiche Nutz-

c) Der Mutter verbleibt die Nutznießung am Kindesvermögen, dagegen hat sie keinen Anspruch auf die Vormundschaft. Wird sie als Vormünderin bestellt, so unterliegt sie den Grundsätzen von der ordentlichen Vormundschaft. Diesen Standpunkt vertreten einzelne Schweizer Rechte, das Recht der Kantone Valais, Vaud, Schaffhausen und Graubünden[1]).

d) Der Mutter verbleibt die Nutznießung, sie ist dagegen zur Vormundschaft unfähig. Dieser Standpunkt wird nur ganz selten vertreten[2]).

2. Rechte ohne mütterlichen Nießbrauch.

Bei den Rechten ohne mütterlichen Nießbrauch ergeben sich die gleichen vier Unterabtheilungen, welche wir bei den Rechten mit mütterlichem Nießbrauche kennen lernten.

a) die Mutter erscheint als gesetzliche Vormünderin, welche einer obrigkeitlichen Bestellung nicht bedarf. Diesen Standpunkt vertraten nur ganz wenige Rechte. Der Grund ist leicht zu ersehen. Der Mutter weder mütterliche Gewalt, noch Nießbrauch, dagegen eine gesetzliche Vormundschaft gewähren, heißt ein Zwischenglied schaffen, welches eine gesetzgeberische Nothwendigkeit nicht erheischt. Da der Mutter meist nur ein Recht auf Vormundschaft, nicht eine Pflicht zur Vormundschaft übertragen werden soll, erreicht man dieses Ziel bereits durch Gewährung eines Anspruches auf Vormundschaft.

So waren es nur einzelne deutsche Particularrechte, welche der Mutter die gesetzliche Vormundschaft zutheilten[3]). Heutzutage hat diese Gruppe, wie es scheint, keine Vertreter mehr.

---

1) Valais 166, 169, 170, 203, 205. Vaud, Schlatter S. 658. Schaffhausen, Lardy S. 185. Graubünden, Lardy S. 125.

2) Kempten, Roth, D. Pr.-R. § 162 Note 7, § 185 Note 27.

3) Z. B. Hanau, Roth und v. Meibom, Kurhess. Privatrecht § 123, § 141. Roth, bair. Civilrecht § 92 Note 12.

b) Die Mutter hat einen gesetzlichen Anspruch auf die Vormundschaft, bedarf aber zu deren Erlangung erst der obrigkeitlichen Bestellung. Die Rechte, welche diesen Standpunkt vertreten, gehören dem eigentlich deutschen Rechtsgebiete an. Es gehören hierher das gemeine, preußische, sächsische und österreichische Recht. Außerhalb des deutschen Rechtsgebietes vertreten diesen Standpunkt nur vereinzelte Rechte, so das Recht des Kantons Tessin.

α. Das österreichische Recht. Es war, wie wir sahen, das einzige Recht seiner Gruppe, welches die mütterlichen Rechte nicht in Uebereinstimmung mit den väterlichen regelte. Dafür gewährt es der Mutter wenigstens einen Anspruch auf Führung der Vormundschaft [1]). Es gewährt ihr diesen Anspruch aber nicht in erster Linie. Ihr geht der vom Vater letztwillig ernannte Vormund [2]) und der väterliche Großvater vor [3]). Auch erhält die Mutter die Vormundschaft nicht unbeschränkt. Es muß ihr ein Mitvormund beigegeben werden [4]), welcher ihr mit seinem Rathe beizustehen und welcher bei etwaigen Anträgen mitzuwirken hat [5]). Bei Wiederverheirathung der Mutter kann das Gericht ihr die Vormundschaft entziehen [6]).

β. Das sächsische Recht. Das sächsische Recht gewährt der Mutter, sofern nicht der Vater letztwillig einen Vormund bestellt hat, ein Recht auf die Vormundschaft in der Reihenfolge, wie ihr ein gesetzliches Erbrecht gegenüber dem Vater zusteht. Das will besagen, bei Vorhandensein entfernterer Verwandter geht die Mutter vor, bei Vorhandensein näherer

---

1) § 198.
2) § 196.
3) § 198.
4) § 211.
5) §§ 212, 213.
6) § 255.

Verwandter tritt sie mit diesen in Concurrenz und es hängt vom Gerichte ab, ob es die Mutter oder den Blutsverwandten zum Vormunde bestellen will [1]).

Die Mutter hat nicht bloß das Recht, sondern auch die Pflicht zur Uebernahme der Vormundschaft.

Die Vormundschaft der sächsischen Mutter ist privilegirt, insofern die Mutter keine Sicherheit zu leisten hat. (1905.)

Sie endet durch Wiederverheirathung der Mutter, wenn das Gericht nicht die Fortsetzung für vortheilhaft erachtet. (1892.)

γ. Das preußische Recht. Für das ganze Gebiet der preußischen Monarchie hat die Vormundschaftsordnung die Stellung der Mutter gegenüber ihren Kindern geregelt. Unberührt geblieben ist nur das Nutzungsrecht aus dem elterlichen Beisitz. Dagegen ist die mütterliche Gewalt im preußischen Gebiete durch die Vormundschaftsordnung beseitigt worden.

Nach der Vormundschaftsordnung hat die Mutter den Anspruch auf Führung der Vormundschaft nicht in erster Linie. Der Adoptivvater, welcher nicht die väterliche Gewalt erwirbt, und der vom Vater letztwillig ernannte Vormund gehen ihr vor [2]). Dagegen hat sie den Vorzug vor allen leiblichen Verwandten.

Die Mutter hat nur ein Recht auf die Vormundschaft, nicht eine Pflicht zur Vormundschaft [3]).

Die Mutter ist bei der Vormundschaft privilegirt. Sie braucht keine jährliche Rechnung abzulegen und keine Sicherheit zu leisten [4]).

Bei ihrer Wiederverheirathung hat das Gericht unter

---

1) §§ 1890, 1891.

2) § 17.

3) § 281.

4) §§ 57, 59.

Zuziehung von Verwandten zu entscheiden, ob sie zu entlassen sei [1]).

δ. Das gemeine deutsche Recht. Es gewährt der Mutter, falls ein vom Vater letztwillig ernannter Vormund nicht in Betracht kommt, einen Anspruch auf die Vormundschaft vor dem Großvater und allen Seitenverwandten, legt ihr aber nicht die Pflicht zur Führung der Vormundschaft auf [2]).

Die Mutter ist zwar nicht nach gemeinem, wohl aber nach particulärem Rechte in der Führung der Vormundschaft privilegirt, insofern sie keine Rechnung zu stellen hat [3]). Umgekehrt werden ihr, nicht nach gemeinem, wohl aber nach particulärem Rechte, Mitvormünder zur Seite gegeben [4]).

Die Vormundschaft der Mutter endet nach gemeinem Rechte mit deren Wiederverheirathung [5]). Nach particulärem Rechte kann das Gericht ihr die Vormundschaft belassen, oder es bleibt ihr die Vormundschaft kraft Gesetzes, doch werden ihr Mitvormünder zur Seite gestellt, falls sie solche vorher nicht zur Seite hatte [6]).

ε. Das Recht des Kantons Tessin gewährt der Mutter in erster Linie einen Anspruch auf die Vormundschaft.

c) Die Mutter hat keinen Anspruch auf die Vormundschaft, ist aber zur Vormundschaft befähigt. Auf diesem Standpunkte stehen nur ganz vereinzelte Kantonalrechte, so das von Unterwalden nid und ob dem Walde, Zug, Baselland [7]).

---

1) § 64.
2) Windscheid § 433, Roth, D. Pr.-R. § 185.
3) Roth, D. Pr.-R. § 193.
4) Stobbe, Handbuch § 270.
5) Windscheid § 437.
6) Stobbe, Handbuch § 270.
7) Lardy S. 270, 274, 346, 37.

d) Die Mutter ist zur Vormundschaft unfähig. Auf diesem Standpunkte stehen noch viele Schweizer Rechte, das von Zürich, Uri, Schwyz, Glarus, Baselstadt, Appenzell, St. Gallen [1]). Von deutschen Particularrechten ist es nur das Recht von Lübeck, welches diesen Standpunkt bewahrt hat [2]).

Ueberschauen wir die Rechte, welche keine mütterliche Gewalt kennen, so ergiebt sich, daß außer dem Code die bedeutsameren von ihnen in das Lager der reinen Vormundschaft übergegangen sind und der Mutter als solcher ein Nutzungsrecht an dem Kindesvermögen abgesprochen haben. Ist dabei allerdings nicht außer Acht zu lassen, daß die Satzungen über das eheliche Güterrecht hier helfend eintreten und der Mutter das mangelnde Nutzungsrecht wenigstens an dem Nachlasse des Ehemannes gewähren, so ist für die principielle Auffassung der mütterlichen Stellung dieser Umstand bedeutungslos.

Weiter zu beachten ist, daß der Mutter, mit Ausnahme des Code, nur ein Anrecht auf die Vormundschaft von den bedeutenderen Rechten, nicht eine gesetzliche Vormundschaft gewährt, und daß ihr andrerseits ein Anrecht, nicht eine bloße Befähigung gewährt wurde.

Dieses Anrecht wurde ihr von den bedeutenderen Rechten allgemein hinter dem vom Vater letztwillig ernannten Vormunde, vom österreichischen, sächsischen und preußischen Rechte außerdem hinter oder neben anderen Verwandten des Kindes gewährt. Der Code machte auch hier eine Ausnahme.

Dem Anrechte der Mutter entsprach regelmäßig keine

---

1) Zürich art. 334. Im Übrigen Larby S. 301, 302, 202, 110, 48, 6, 15, 171, 172.

2) Roth, D. P.-R. § 185 Note 27.

Pflicht. Die Mutter konnte regelmäßig die Führung der Vormundschaft ablehnen.

Uebernahm die Mutter die Vormundschaft, so hatte sie dieselbe regelmäßig nach allgemeinen Grundsätzen zu führen, nur war sie hinsichtlich der Rechnungslegung und Cautionsleistung privilegirt. Nach mehreren Rechten wurde ihr aber ein Mitvormund zur Seite gestellt.

Die Wiederverheirathung der Mutter war nach der überwiegenden Zahl unserer Rechte kein absoluter Aufhebungsgrund für die mütterliche Vormundschaft. Es wurde vielmehr in die Entscheidung des Gerichtes gelegt, ob der Mutter die Vormundschaft zu belassen oder zu nehmen wäre.

Stellen wir die Rechte mit mütterlicher Gewalt den Rechten ohne mütterliche Gewalt gegenüber, so treten die gemeinsamen, wie die abweichenden Seiten mit größerer Schärfe hervor.

Gemeinsam ist, daß, während der Vater seine Befugnisse am Kindesvermögen ausübt, die mütterlichen Rechte nicht zur Bethätigung gelangen, sei es daß sie ruhen oder gar noch nicht vorhanden sind.

Gemeinsam ist den meisten Rechten beider Gruppen, daß in dem Augenblicke, wo die mütterlichen Rechte zur Bethätigung gelangen, sie lediglich als Befugnisse auftreten, welchen keine Pflicht entspricht.

Gemeinsam ist endlich den meisten Rechten, daß die Wiederverheirathung der Mutter die Vormundschaft entzieht oder doch einen Grund zu deren Entziehung abgiebt.

Unterscheidendes Merkmal ist, daß die Mutter in den Rechten mit mütterlicher Gewalt keiner behördlichen Uebertragung ihrer Befugnisse, in den Rechten ohne mütterliche Gewalt im Allgemeinen wohl einer behördlichen Uebertragung ihrer Befugnisse bedarf.

Unterscheidendes Merkmal ist weiter, daß in den Rechten **mit** mütterlicher Gewalt regelmäßig das Recht der Mutter ein unentziehbares, in den Rechten **ohne** mütterliche Gewalt regelmäßig ein durch den Vater entziehbares ist.

Die beiden unterscheidenden Merkmale würden noch besser hervortreten, wenn der Code formal auf den Standpunkt der mütterlichen Gewalt sich gestellt hätte, dem er inhaltlich bereits angehört.

Für die übrigen Seiten läßt sich keine bindende Regel aufstellen. Da der Vater nicht überall Nutzungsrechte am Kindesvermögen hatte, schloß die mütterliche Gewalt nicht überall Nutzungsrechte in sich, wie andrerseits der Mutter **ohne** mütterliche Gewalt Nutzungsrechte beigelegt wurden.

Eine Einschränkung der mütterlichen Verwaltung durch gesetzliche oder letztwillige Beigabe eines Mitvormundes oder Beistandes war beiden Rechtsgruppen bekannt.

Was das Geltungsgebiet der Rechte **mit** mütterlicher Gewalt betrifft, so hält es, vom formalen Standpunkte aus betrachtet, dem Geltungsgebiet der Rechte **ohne** mütterliche Gewalt die Wage. Während das letztere Deutschland, Oesterreich und die Länder des französischen Rechtes umfaßte, beherrschte das erstere den ganzen Norden (Skandinavien, England, Rußland) und einen Theil der romanischen Länder, sowie der Schweiz. Aber die räumliche Ausdehnung beider Gruppen war nur vom streng formalen Standpunkte aus betrachtet die gleiche. Im Code deckten sich, wie wir sahen, mehr dem Namen als der Sache nach die mütterlichen Rechte nicht mit denen des Vaters während der Ehe, und sie deckten sich völlig mit den Rechten, welche der verwittwete Vater besaß. Der Code kann deshalb nicht aufgeführt werden, wenn es sich um eine Bekämpfung der mütterlichen Gewalt handelt. Inhaltlich ist das System des Code offenbar der mütterlichen

Gewalt zugethan. Sehen wir von ihm also ab, so erscheint im Uebrigen die mütterliche Gewalt als überall im Fortschreiten begriffen. Selbst da, wo noch an der römischen Peculienscheidung festgehalten wurde, sahen wir die mütterliche Gewalt anerkannt, ja innerhalb des gemeinen deutschen Rechtes sahen wir — ein den Römern unerhörter Vorgang — eine mütterliche Gewalt um sich greifen. Wenn also auch neuere Gesetzgebungen, wie die preußische Vormundschaftsordnung und das sächsische Gesetzbuch, sich auf den Standpunkt des römischen Rechtes gestellt haben, so dürften sie damit dem Zuge der Zeit nicht gefolgt sein. Dieser drängt unbestreitbar auf eine übereinstimmende Regelung der väterlichen und mütterlichen Rechte hin. Freilich konnte eine solche nicht gut erfolgen, bevor nicht an die römische patria potestas die Axt gelegt war. Gerade der Umstand, daß die römische potestas in Deutschland heute noch am ehesten vorherrscht, liefert die Erklärung zu der Erscheinung, daß Deutschland heute die Hauptdomäne der Rechte o h n e mütterliche Gewalt ist.

Hatten wir bei der väterlichen Gewalt einen Blick in die Zukunft geworfen, so bleibt das Gleiche für die mütterlichen Rechte übrig. Bei der väterlichen Gewalt ergab sich als Zukunftsbild ein auf dem Vormundschaftsprincip beruhendes Verwaltungsrecht und ein auf dem Unterhaltungsprincip beruhendes Nutzungsrecht. Beide sind auch der Mutter zu gewähren. Nur werden für die Mutter in Folge der historischen Entwicklung gewisse Besonderheiten bestehen bleiben müssen, welche bereits berührt worden sind.

Zunächst würde die Auffassung des väterlichen Nutzungsrechtes als Entschädigung für den Unterhalt des Kindes eigentlich zur Folge haben, daß, wenn nicht die Verwaltung, so doch die Nutzung der Mutter neben oder vor dem Vater

zu gewähren wäre, falls sie den Unterhalt des Kindes neben dem Vater oder allein bestritte. Doch spricht gegen diese Consequenz die historische Entwicklung und die Zweckmäßigkeit. Nach wie vor wird die Mutter erst hinter dem Vater Verwaltung und Nutzung erlangen können.

Erscheint weiter die Verwaltung des Kindesvermögens beim Vater nicht bloß als Recht, sondern auch als Pflicht, welcher er sich nicht entziehen kann, so wird der Mutter auch in Zukunft mit Rücksicht auf ihre weibliche Individualität besser ein alleiniges Recht zur Verwaltung zugeschrieben werden. Der Nießbrauch wäre ihr auch bei Ablehnung dieses Rechtes zu belassen.

Das Recht der Mutter auf die Verwaltung wäre als ebenso unentziehbar hinzustellen als das Nutzungsrecht der Mutter. Dem Vater wäre nicht zu gestatten, an Stelle der Mutter letztwillig einen Vormund zu ernennen. Dagegen wäre mit Rücksicht auf die weibliche Individualität der Mutter es der Obervormundschaft anheimzustellen, ob sie ihr einen Mit- oder Gegenvormund zur Seite stellen wollte. Etwaige Anordnungen des Vaters wären dann zu berücksichtigen.

Das Recht der Mutter hätte kraft Gesetzes, ohne Bestellung seitens der Behörde, einzutreten.

Die Wiederverheirathung der Mutter wäre als ein Grund anzusehen, aus welchem ihr die Verwaltung entzogen werden könnte, aber es wäre kein zwingender Grund. Dem Ermessen des Gerichtes wäre hier Raum zu geben. Das Nutzungsrecht wäre der Mutter trotz ihrer Wiederverheirathung zu belassen. Der Grundgedanke, auf welchem es beruht, wird durch die Wiederverheirathung nicht geändert und den aus der Wiederverheirathung erwachsenden Gefahren ließe sich durch Gegenmaßregeln ein Riegel vorschieben.

Verlag von J. Guttentag (D. Collin) in Berlin und Leipzig.
(Zu beziehen durch alle Buchhandlungen.)

Soeben erschien:

Grundriß zu Vorlesungen über das Deutsche Privatrecht

mit Einschluß des Lehn- und Handelsrechts
nebst beigefügten Quellen
von **Dr. Wilhelm Theodor Kraut,**
weil. Geh. Justizrath und ordentl. Professor der Rechte zu Göttingen,
neu bearbeitet
von
F. Frensdorff,
ordentl. Professor der Rechte zu Göttingen.

Sechste vermehrte und verbesserte Auflage.
Gr. 8°. 12 M., gebunden 14 M.

Verlag von Gustav Fischer in Jena.

Dr. Joh. Friedr. Voigt,

Reichsoberhandelsgerichtsrath a. D.

Das

deutsche Seeversicherungsrecht.

Commentar zu Buch V Titel 11 des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs und zu den „Allgemeinen Seeversicherungs-Bedingungen von 1867"
Erste bis dritte Abteilung.
Preis 11 Mark 30 Pf.

Nach dem im Mai d. J. erfolgten Hinscheiden des Herrn Verfassers wird die **4. Abteilung**, welche den Schluß des Werkes bilden wird und zu welcher der Verfasser bereits einen wesentlichen Teil des Materials bearbeitet hatte, von Herrn Rechtsanwalt Dr. Seebohm in Hamburg, einer Autorität auf dem Gebiete des Seeversicherungswesens, herausgegeben werden und voraussichtlich noch im Laufe d. J. 1886 erscheinen.

System
des
deutschen Privatrechts

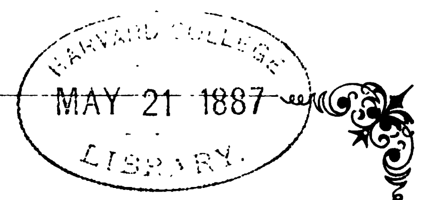
von

C. F. von Gerber.
15. Auflage.
1886. — Preis 10 Mark.

Deutsche Encyklopädie
Ein neues Universallexikon für alle Gebiete des Wissens
500 Bogen in 100 Lieferungen oder 8 Bänden für 60 M.
Verlag von Fr. Wilh. Grunow in Leipzig.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena.





Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

Dr. Rudolf v. Jhering,

Dr. Ferd. Regelsberger und **Dr. Richard Schröder,**

Professoren an der Universität in Göttingen.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger und **Dr. Otto Bähr,**

Präsidenten des Reichsgerichts in Wien. Reichsgerichtsrath a. D. in Kassel.

XXV. Band. 3. und 4. Heft.

Neue Folge XIII. Band. 3. und 4. Heft.

Jena,

Verlag von Gustav Fischer.

1887.

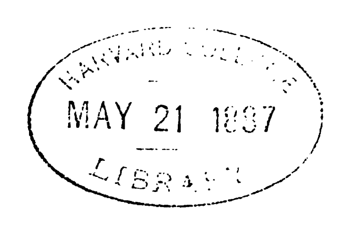
Inhalt.

Die Herren Mitarbeiter erhalten für ihre Beiträge ein Honorar von 40 Mark und außerdem werden ihnen 12 Sonderabdrücke unentgeltlich geliefert, eine größere Anzahl gegen Erstattung der Herstellungskosten.

Manuscriptsendungen sind nach Göttingen an die Adresse eines der Herausgeber zu richten.

Der Redaction der **„Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts"** werden nicht selten Prüfungsarbeiten aus dem Referendarexamen und Doctordissertationen zur Aufnahme in die „Jahrbücher" zugesandt. Sie sieht sich zu der Erklärung genöthigt, daß sie derartige Erstlingsarbeiten ungelesen an ihre Verfasser zurückgehen lassen wird.

Die Redaction.



III.

Personengesammtheit
und
offene Handelsgesellschaft.

Von **Unger.**

Die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft bietet ein anziehendes juristisches Problem dar, dessen Lösung nicht bloß in theoretischer Beziehung von Interesse, sondern auch in praktischer Hinsicht von Wichtigkeit ist. Durch das deutsche Handelsgesetzbuch ist zwar die offene Handelsgesellschaft gesetzlich normirt, aber das Grundprinzip, auf welches diese gesetzlichen Bestimmungen zurückzuführen sind, muß erst durch die Wissenschaft ermittelt werden und manche Fragen haben im Handelsgesetzbuch nicht ihre Lösung gefunden, deren Beantwortung nur aus der Erkenntniß des Wesens der offenen Handelsgesellschaft gewonnen werden kann. So reichhaltig auch die Literatur ist, welche diese Materie hervorgerufen hat[1]), über das Wesen der offenen Handelsgesellschaft ist doch bisher keine Einigkeit erzielt worden und der Streit

1) Dieselbe ist angeführt bei Stobbe, deutsch. Privatr. (2. Aufl.) I S. 389 Anm. 33. Dazu kommt jetzt noch G. Lehmann, über das Rechtsgewand der offenen Handelsgesellschaft (1882) und Laband in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 30 Nr. 8, Bd. 31 Nr. 1. Beide sind entschiedene Gegner der Personifikationstheorie. Vergl. auch den Art. Handels-

darüber, ob dieselbe eine juristische Person oder eine Societät oder ein „Mittelding" zwischen beiden sei, ist noch nicht geschlichtet.

Die Anhänger der Personifikationstheorie haben sich der Einsicht nicht verschließen können, daß die einfache und unbeschränkte Uebertragung der juristischen Persönlichkeit auf die offene Handelsgesellschaft zu unerträglichen Folgerungen führen müßte: die juristische Person würde die einzelnen Gesellschafter gänzlich bei Seite drängen und an Stelle der depossedirten Socii als einziges und alleiniges Rechtssubjekt erscheinen. Dieser unvermeidlichen Consequenz sucht man in verschiedenen Wendungen und Windungen auszuweichen: das deutsche Handelsgesetzbuch soll der offenen Handelsgesellschaft nur „in beschränkter Weise" juristische Persönlichkeit beigelegt haben; die Personifikation der Gesellschaft soll eine „begrenzte" sein; die offene Handelsgesellschaft soll „nach innen Gesellschaft, nach außen juristische Person" sein. Aber es giebt keine theilweise, keine halbe Personifikation: die Personifikation findet statt oder sie findet nicht statt. Diese logisch unvereinbaren Gegensätze lassen sich nicht verknüpfen. „Eigenthum, Forderungen und Schulden können nicht bald

gesellsch. in Holtzendorff's R.L. (3. Aufl.) II S. 246 fg. und Behrend, Lehrb. des Handelsr. I (1886) S. 436 fg. 457 fg. Behrend spricht zwar in diesem mit großer Sorgfalt und Gründlichkeit gearbeiteten Werke der offenen Handelsgesellschaft den Charakter der juristischen Persönlichkeit ausdrücklich ab (§. 62. §. 73); da er aber der „Vereinigung" der Gesellschafter sowohl diesen selbst wie Dritten gegenüber „rechtliche Existenz" zuschreibt (S. 437), die Gesellschaft als „formale Einheit" (S. 469. 525) qualifizirt und sie „neben" den Gesellschaftern für die Schulden haften läßt (S. 516 fg.), so muß man ihn gleichwohl den Anhängern der Personifikationstheorie beizählen. Vgl. auch Laband Bd. 30 S. 482 Anm. 16. — Vgl. ferner Bekker, Pandekt. I S. 215 fg. und neuestens Eccius, in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 32 Nr. 1, der für die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft eintritt.

den einzelnen Mitgliedern, bald der Universitas zustehen, je nachdem man das Verhältniß unter den Mitgliedern oder das Verhältniß zu Dritten in das Auge faßt; eine Person kann nicht nach außen Rechts- und Handlungsfähigkeit bethätigen, nach innen verschwinden" (Laband in der Zeitschr. für Handelsr. Bd. 30 S. 482). Dernburg, der ebenfalls der Ansicht ist, daß „die Handelsgesellschaft, die in wesentlichen Stücken die Gestalt einer juristischen Person angenommen hat, gleichwohl im Grunde Societät ist" und daß dieselbe „nach außen hin im wesentlichen die Position einer juristischen Person hat, obgleich sich die Einwirkung des Societätscharakters auch nach dieser Richtung hin in gewissem Maße geltend macht" (Preuß. Privatr. II §. 217. 218) [2]), nimmt gleichwohl an, daß die Gesellschafter Eigenthümer des Gesellschaftsvermögens bleiben und zieht daraus die entsprechenden grundbuchsrechtlichen Consequenzen. Wenn dies der Fall wäre, so hätten wir eine juristische Person, die zwar die Fähigkeit, niemals aber die Möglichkeit hätte, aktives Vermögen zu haben, und da für die Schulden der Gesellschaft ohnehin die Gesellschafter persönlich und solidarisch haften (Art. 112 H.G.B.), so bleibt kein Raum für die juristische Person. Alle diese modifizirten juristischen Personen, die man bald „moderne", bald „relative" juristische Personen nennt, sind, wie Goldschmidt (in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 25 S. 408. 409) mit Recht bemerkt hat, juristische Personen, die in Wirklichkeit keine juristischen Personen sind.

In der That hat man es bei diesen modifizirten juristischen Personen mit „Mittel-" oder „Zwischenfiguren" zwischen

2) Ebenso widerspruchsvoll ist die „Ausstattung der Gesellschaften mit corporativen Elementen" (Dernburg, Pand. I S. 143. II S. 329). Wächter, Pandekt. I S. 241 bemerkt, daß die offenen Handelsgesellschaften „in manchen Beziehungen Aehnlichkeit mit juristischen Personen haben": was ist mit einem solchen Ausspruch gewonnen?

Universitas und Societas zu thun. Allein trotz der „Utilitätsgründe", die man dafür anführt, ist es unmöglich, Rechtsgebilde anzunehmen, die, nach Art der Centauren, halb Gesellschaft, halb juristische Personen wären. Und wo wäre der Punkt mit Sicherheit anzugeben, an dem die Gesellschaft in die juristische Person übergeht oder diese sich in jene zurückverwandelt? Für diese Mittelfiguren hat man in den deutschrechtlichen Genossenschaften einen Stützpunkt und ein Vorbild finden zu können geglaubt. Allein einer der hervorragendsten Germanisten hat in einem Werke, das für die Erkenntniß und Behandlung des deutschen Rechts von der größten Bedeutung ist, den Nachweis erbracht, daß auch das deutsche Recht eine „Mittelform" zwischen Societas (Gemeinschaft) und Universitas nicht kennt und daß die deutschrechtlichen Genossenschaften in die Kategorie der juristischen Personen gehören (Heusler, Institut. d. deutsch. Privatr. I S. 223 fg. 248 fg. 253 fg. 262 fg.).

So scheint nichts übrig zu bleiben, als die offene Handelsgesellschaft für eine Societät zu erklären. Allein die Anhänger dieser Theorie haben sich ihrerseits der Einsicht nicht verschließen können, daß zwischen der römischen Societas und der offenen Handelsgesellschaft ein wesentlicher Unterschied besteht und daß das Handelsgesetzbuch Bestimmungen enthält, welche der römischen Societas fremd sind. Sie meinen daher, daß die offene Handelsgesellschaft nicht „strengste Societas", sondern eine Societas „besonderer Art", eine „aus Utilitätsgründen modifizirte Societät" sei. Diese Auffassung vermag jedoch nicht volle Befriedigung zu gewähren. Einerseits kann es nicht genügen, diese Modifikationen aufzuzählen und sie mehr oder weniger als positivrechtliche Singularitäten und Eigenthümlichkeiten hinzustellen: es muß vielmehr versucht werden, diese Abweichungen von der römischen Societas, welche aus

praktischen Bedürfnissen entsprungen sind, auf eine Grundauffassung zurückzuführen, als deren natürliche Consequenzen sie sich darstellen. Andererseits kann man die Augen nicht davor verschließen, daß die offene Handelsgesellschaft als solche im Rechtsverkehre auftritt, daß sie als ein Ganzes, als eine Einheit figurirt und funktionirt. So lange es nicht gelingt, die offene Handelsgesellschaft in einer Weise zu construiren, daß sie, ohne Lostrennung von ihren Gliedern, ohne Loslösung von der Person der Gesellschafter, dennoch als ein einheitliches Rechtsgebilde erscheint, so lange wird man immer wieder den freilich vergeblichen Versuch machen, die Kategorie der juristischen Person auf sie zu übertragen.

In Folgenden soll ein Versuch gemacht werden, zu einer solchen Construction zu gelangen.

I.

Wir sind gewohnt, die Personengesammtheit nur als die eine der beiden Arten der juristischen Person (universitas personarum, universitas bonorum) in's Auge zu fassen: die Vereinigung einer Mehrheit natürlicher Personen erscheint hierbei bloß als das Substrat für das vorgestellte Rechtssubjekt, als die Basis für die ideale Größe. Bei dieser Behandlungsweise kommt die Personengesammtheit als solche und in ihrer Unmittelbarkeit nicht zur vollen Geltung. Und dennoch ist gerade die Personengesammtheit, abgesehen von aller Personifikation, das Natürliche und Ursprüngliche. Die Zusammenfassung einer Mehrheit von Personen zu einem idealen Ganzen, zu einer künstlichen persönlichen Einheit, entsteht durch „eine Abstraktion, deren erst der entwickelte juristische Verstand fähig ist“ [3]). Dagegen ist die Zusammenfassung einer Mehrheit von Personen zu einem

---

3) Jhering, Geist des röm. Rechts I (4. Aufl.) S. 202 Anm. 98.

realen Ganzen, zu einer natürlichen concreten Einheit ebenso ursprünglich und natürlich, wie die Bildung von Collectivbegriffen überhaupt. Es liegt in der natürlichen Anschauungs- und Denkweise des Menschen, eine Mehrheit von Dingen in der Vorstellung zu einer Einheit zu verbinden (Gesammtheit, universitas = in unum versum); für manche solcher Vorstellungen hat die Sprache sogar eigene Namen geschaffen. Eine solche collective Einheit ist keine Abstraktion: sie schwebt nicht „in transcendentaler Verklärung" über den Gliedern, aus denen sie besteht, sondern ist identisch mit ihnen und nur in ihnen wirklich und lebendig. Es entsteht nicht ein neues ideales Subjekt, sondern die zu einem einheitlichen Ganzen zusammengefaßten Subjekte sind und bleiben die Subjekte: die universitas sind die universi[4]). Wenn ein Regiment, das eine „taktische Einheit" ist, marschirt oder kämpft, so marschiren und kämpfen die Soldaten, welche es bilden, nicht etwa neben oder über ihnen das Regiment als ein ideales Subjekt oder als eine abstrakte selbständige Größe. Wie natürlich diese Auffassung ist und wie sie selbst dann immer wieder hervorbricht, wenn der juristische Verstand schon jene Abstraktion vollzogen hat, durch welche die juristische Person entsteht, lehrt der Umstand, daß das Vermögen der personifizirten Universitas als ein gemeinschaftliches bezeichnet wird (pecunia communis, arca communis, res communis, servus communis L. 1 § 1 D. quod cuj.

---

4) Vgl. Savigny, System II S. 261 Note x. Aber die Erklärung, welche Savigny von der L. 1 C. de Iud. (1. 9) gibt, ist nicht befriedigend. Den Juden in Antiochia war es nicht gestattet, eine selbstständige Gemeinde zu bilden (vgl. jedoch Mommsen, röm. Gesch. V S. 456): ein Legat an die „Judengemeinde" daselbst mußte daher ungiltig sein und man konnte nur den einzelnen Juden giltig legiren. L. 20 D. de reb. dub. (34. 5).

un. 3. 4. L. 6 § 1 D. de rer. div. 1. 8)[5]) und daß die römischen Juristen und Kaiser es immer wieder nöthig finden hervorzuheben und zu rescribiren, daß Sachen, welche der personifizirten Gesammtheit gehören, nicht den Einzelnen gehören (L. 6 § 1 cit. L. 1 § 1 D. h. t. 3. 4. L. 2. 7 pr. § 8. 9 eod. L. 10 § 4 D. de in jus voc. 2. 4. L. 1 § 7 D. de quaest. 48. 18) und daß Forderungen und Schulden der personifizirten Gesammtheit nicht Forderungen und Schulden ihrer Mitglieder sind (L. 7 § 1 D. h. t. 3. 4).

Wie jedes Collectivganze ist die Personengesammtheit unabhängig von dem Wechsel ihrer Mitglieder. Dies gilt sowohl für die unpersonifizirte Universitas (L. 76 D. de jud. 5. 1), als auch für die Universitas, welche die Voraussetzung und Basis der juristischen Person bildet (L. 7 § 2 D. h. t. 3. 4).

Die Personengesammtheit ist willensfähig: der Gesammtwille ist der Wille Aller. Die Schwierigkeit, die bei der personifizirten Gesammtheit daraus entsteht, daß der Wille Aller an sich und ohne weiters doch nicht der Wille des willensunfähigen idealen Subjekts ist (Ulp. fr. XXII. 5. L. 1 § 22 D. de A. v. A. P. 41. 2. L. un. § 1 D. de libert. univ. 38. 3)[6]), kann bei der unpersonifizirten Universitas gar nicht eintreten. Die in vielen Fällen aus praktischen Gründen zur Anwendung kommmende Regel, daß der Wille der Mehrheit als Wille der Gesammtheit zu gelten habe, hat eben nur den Sinn, daß der Wille der Majorität als der Wille Aller angesehen wird. L. 160 § 1 D. de R. J. (50. 16) Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem. L. 19 D. ad leg. munic. (50. 1)[7]).

---

5) Andere Stellen bei Ihering, Geist III 1 S. 344 Note 468.

6) Vgl. Savigny System II S. 283. 291 Note t. S. 301 Note b. S. 303 Note h. Pernice, Labeo I S. 279 ff.

7) Vgl. jedoch zu dieser Stelle Karlowa, röm. Rechtsgesch. I S. 588.

Die unpersonifizirte universitas personarum [8]) bildet ein Seitenstück zu der universitas rerum: so wenig hier ein „ideelles Rechtsobjekt" [9]) entsteht, so wenig dort ein „ideelles Rechtssubjekt". Und wie die universitas rerum als ein corpus bezeichnet wird (L. 30 pr. § 2 D. de usurp. 41. 3 § 18 J. de leg. 2. 20), so auch die universitas personarum, und zwar nicht nur nicht die personifizirte, sondern auch die unpersonifizirte Universitas.

Allerdings ist corpus im technischen Sinne die Bezeichnung für eine Classe der juristischen Personen, für die sog. gewillkürten Corporationen (L. 1 pr. D. quod cuj. un. 3. 4)[10]) und dafür wird auch universitas im technischen Sinne gebraucht (D. h. t. 3. 4)[11]). Allein das Wort corpus, welches im übertragenen Sinne überhaupt zur Bezeichnung eines jeden wie ein Körper gegliederten Ganzen, somit zur Bezeichnung eines Collektivganzen, einer concreten Einheit ge-

---

8) Ein prägnantes Beispiel bieten die lokalen Tribus: sie sind unpersonifizirte Personenverbände zu administrativen und politischen Zwecken. Was der Tribus zugewendet wird (Spenden von Geld, Getreide, Freiplätzen u. dgl.), ist den sämmtlichen Tribulen zugedacht und wird unter sie vertheilt (Mommsen de colleg. et sodal. p. 50 sq. Mommsen, die röm. Tribus S. 194 fg. 202 fg.), was der Tribus legirt ist (Suet. Octav. c. 101), wird unter die einzelnen Tribulen vertheilt (Savigny, System II S. 238 Note f, Mommsen de colleg. p. 52, die röm. Tribus S. 194 Note 51). Als Einheit tritt die Tribus bei der Stimmgebung auf: sie bildet wie die Centurie einen „Stimmkörper" (Karlowa, röm. Rechtsgesch. I S. 401 fg.), hat wie diese eine „Gesammtstimme". Der Tribule, der primus pro tribu scivit (Karlowa I S. 427) stimmt im Namen der Tribus als eines Collektivganzen, nicht etwa als Organ und Vertreter der Tribus als einer juristischen Person.

9) Vgl. insbes. Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 215 fg. und über die altnationale vindicatio gregis Unger in den Jahrb. Bd. 12 Nr. 3. Vgl. jetzt auch Kohler in den Jahrb. Bd. 24 S. 291 fg.

10) Pernice, Labeo I S. 289.

11) Lenel, das edict. perp. S. 82.

braucht wird, dient in diesem weiteren, nichttechnischen Sinne auch zur Bezeichnung von Personengesammtheiten, denen juristische Persönlichkeit nicht zukömmt [12]). So wird die Gesammtheit (der Stand) der Patricier wie der Plebejer corpus genannt (L. 2 § 25. 26 D. de O. J. 1. 2) [13]). Die Legion, welche von Pomponius in L. 30 pr. cit. [14]), das Heer, welches von Seneca in der bekannten Stelle [15]) corpus genannt wird, ist eine collective Einheit, eine Personengesammtheit ohne juristische Persönlichkeit [16]). Der römische Senat,

12) Vgl. M. Cohn zum röm. Vereinsrecht S. 4 fg. In L. un. §. 10 C. de cad. toll. (6. 51) wird von den zu einem bestimmten Erbtheil vereinigten Personen gesagt: conjuncti propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt, und in L. 195 § 3 D. de V. S. wird von einem corpus servorum gesprochen. Vgl. auch L. 195 §. 2 eod.

13) Auch Livius (IV 9. 4) nennt den Stand der Plebejer corpus, ebenso den Stand der Patricier (VI 34. 5); desgleichen Tacitus (Annal. XIII 27) den Stand der Freigelassenen (late fusum id corpus). Die Gesammtheit (den Stamm) der Sabiner bezeichnet Livius (I 17. 2) als corpus.

14) Da in dieser Stelle populus mit legio und grex (welches bekanntlich nicht bloß eine Heerde, sondern auch eine Schaar, eine Gesammtheit, eine Secte von Menschen bedeutet) zusammengestellt wird, so kann es nicht Staat resp. Staatskasse bedeuten, sondern, wie in L. 76 D. de jud. (5. 1), nur Volk oder Nation, somit ein collektives Ganze, nicht eine juristische Person. (Vgl. Liv. I 8. 1 multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat.) In manchen Stellen bedeutet populus eine Volksmenge, einen Volkshaufen z. B. L. 9 §. 1 D. quod met. caus. (4. 2).

15) Epist. 102 c. 6. Quaedam continua esse corpora, ut hominem. quaedam esse composita, ut navem, domum, omnia denique, quorum diversae partes junctura in unum coactae sunt. quaedam ex distantibus, quorum adhuc membra separata sunt, tamquam exercitus, populus, senatus. illi enim, per quos ista corpora efficiuntur, jure aut officio cohaerent, natura diducti et singuli sunt.

16) Auch Livius (XXVI 48. 6) nennt die Gesammtheit der Legionssoldaten wie der Seesoldaten ein corpus (Corps). Solchen „ganzen Truppenkörpern" wurden militärische Auszeichnungen und Orden verliehen (Domaszewski, die Fahnen im röm. Heere 1885 S. 34. 51. 52).

den Seneca gleichfalls als ein corpus aufführt, ist eben so wenig eine juristische Person[17]) als es ein Richtercollegium ist (L. 76 D. de jud. 5. 1). Auch unser moderner Sprachgebrauch verwendet den Ausdruck Körper, Körperschaft im weiteren nichttechnischen Sinne zur Bezeichnung von unpersonifizirten Personenverbänden, von Personengesammtheiten, die zwar eine collective Einheit, nicht aber eine Corporation im technischen Sinne, eine juristische Person sind. So sprechen wir von Wahlkörpern, Stimmkörpern, Lehrkörpern, Vertretungskörpern, gesetzgebenden Körpern, von der Körperschaft des Adels, der Beamten, der Gläubiger im Concurs, von einem Armeecorps, dem Offiziercorps, dem diplomatischen Corps u. dgl. mehr.[18])

Man muß sonach auch für das heutige Recht zwei Arten der universitas personarum unterscheiden, die personifizirte und die unpersonifizirte, so wie ja auch

---

Erst spät, wahrscheinlich erst durch Kaiser Constantius (a. 347), wurde einzelnen Truppenabtheilungen juristische Persönlichkeit beigelegt und ihnen der erblose Nachlaß der Legionare zugewiesen. L. 1 C. Th. de bon. mil. (5. 4) = L. 2 C. J. de her. dec. (6. 62) cf. L. 6 §. 7 i. f. D. de inj. test. (28. 3). L. 4 §. 17 D. de fid. lib. (40. 5). Dirksen civ. Abh. II S. 100. Cohn S. 6 Note 15. Arndts Pandekt. §. 609. (Gothofredus, Commentar Tom. I p. 438. 439 zu L. 1 C. Th. cit. hält dies jedoch schon für älteres Recht).

17) Der Senat ist ein Collectivganzes und wird daher von griechischen Schriftstellern auch σύστημα genannt: was die Senatoren beschließen, ist ohne weiters und ohne künstliche Vermittelung Beschluß des Senats. Der Senat sind die Senatoren: daher wechseln in den Senatusconsulten die Ausdrücke senatus censuit und censuere (sc. senatores) ab. Der Buchstabe C, der sich in manchen Senatsbeschlüssen der Republik findet, ist eben eine Abkürzung für dieses Censuere (Willems, le sénat de la Rep. rom. 2. éd. II p. 213 sq.).

18) In corpore auftreten u. dgl. heißt als Gesammtheit, als Collectivganzes (uno grege) auftreten, nicht etwa als Vertreter eines „idealen Ganzen" oder einer „höheren Einheit".

die **universitas bonorum** bald personifizirt (Stiftung, **pia causa, pium corpus**), bald unpersonifizirt erscheint (z. B. bei der Erbfolge). Die unpersonifizirte Universitas ist aber nicht etwa ein Mittelding, eine Mittelfigur zwischen Societas und personifizirter Universitas. Natürliche und juristische Person sind unvereinbare Gegensätze: aber die natürlichen Personen erscheinen im Verkehre bald vereinzelt und isolirt, bald zu einem einheitlichen Ganzen verbunden.

Wo immer daher eine Mehrheit von Personen als Gesammtheit, als Einheit auftritt, da darf man nicht sofort die juristische Person heraufbeschwören, um dieselbe hinterher, damit sie den widerstrebenden Verhältnissen sich anpasse, zu verunstalten und mit der Societas zu contaminiren [19]). Es bleibt vielmehr die Möglichkeit offen, die Gesammtheit unpersonifizirt aufzufassen und sie als ein Collectivganzes, als eine concrete Einheit zu behandeln [20]).

---

19) In den entgegengesetzten Irrthum verfällt Salkowski, jurist. Pers. S. 3 fg., indem er selbst in der juristischen Person nur eine „collective Einheit" erkennen will. Auch Bolze, der Begriff der juristischen Person (1879), will von der Personifikation der Universitas nichts wissen: er glaubt, auch für „Vereine mit corporativen Rechten den Begriff der juristischen Person als einen überwundenen Irrthum streichen" (S. 185) und die „juristische Person getrost zu den Todten legen" zu können (S. 197): in der That aber „treibt er die juristischen Personen zur einen Thüre hinaus, und läßt sie durch die andere herein" (Krasnopolski in der krit. Viertelj. Bd. 22 S. 188 fg.).

20) So ist, wie ich schon früher hervorgehoben habe (Jahrb. Bd. 22 S. 219 Anm. 30), der Staatenbund nicht eine juristische Person, sondern ein Collektivganzes. Die Bildung eines Gesammtstaates durch die Vereinigung der Ramnes und Tities schildert Livius (I 13. 4) mit den Worten: **civitatem unam ex duabus faciunt, regnum consociant.** Vgl. dazu insbes. Schwegler, röm. Gesch. I S. 463. 479 Anm. 9. S. 482 Anm. 7. S. 488 fg. Lange, röm. Alterth. I (3. Aufl.) S. 90 fg.

Besitzt eine solche unpersonifizirte Personengesammtheit Vermögen, so ist dies das gemeinschaftliche Vermögen ihrer Mitglieder[20a]), die Forderungen und Schulden der Gesammtheit sind die Forderungen und Schulden der miteinander verbundenen Einzelnen. Für die unpersonifizirte Universitas gilt also gerade das Gegentheil von dem, was für die personifizirte Universitas gilt: die res universitatis sind res singulorum, quod universitas debet singuli debent, quod universitati debetur singulis debetur. Wie dies die nächsten Consequenzen sind, so sind sie anderseits auch das reale Kriterium des Vorhandenseins einer unpersonifizirten Personengesammtheit: steht es einmal fest, daß die Verbindlichkeiten der Gesammtheit eigene Verbindlichkeiten der einzelnen Mitglieder sind[21]), so ist die

---

Dasselbe Verhältniß charakterisirt Livius (V 25. 8) mit den Worten: duas urbes communis reipublicae. Schwegler III S. 170 fg. (Duae civitates communis reipublicae ist auch die staatsrechtliche Formel für den österr.-ungar. Doppelstaat).

20) Nach Hölder, Pandekt. I (1886) §. 27 S. 118 fg. soll das Vermögen eines nichtpersonifizirten Vereins „für die einzelnen Vermögensgenossen ein fremdes sein" und erst durch seine Auflösung „zum gemeinsamen Vermögen der einzelnen Genossen werden", gleichwohl aber „die Verfügung über das Vereinsvermögen durch rechtsgültigen Vereinsbeschluß keine Verfügung über fremdes Vermögen sein". Wem gehört also das Vermögen eines nichtpersonifizirten Vereins während seines Bestandes? Dem Verein? Aber die Vereinsgenossen „vertreten" ja nicht den unpersonifizirten Verein, sondern „bilden" ihn!

21) Eine subsidiäre und sekundäre Haftung der Mitglieder der Gesammtheit für die Verbindlichkeiten derselben schließt natürlich die Persönlichkeit der Universitas nicht nur nicht aus, sondern setzt dieselbe vielmehr voraus: sie haften dann eben für fremde Verbindlichkeiten. Hiermit erledigt sich wohl der Einwand von Bekker, Pandekten I S. 216. 217.

Annahme einer juristischen Persönlichkeit ausgeschlossen[21a]) und man hat es mit einem Collectivganzen zu thun[22]).

II.

In die Kategorie der unpersonifizirten Personengesammtheiten gehört denn auch die offene Handelsgesellschaft.

Die offene Handelsgesellschaft ist ein Collektivganzes, die Totalität der Gesellschafter. Sie ist in dieser

---

21a) Vgl. insbes. Laband, Bd. 30 S. 496 fg. und die S. 503 Anm. 34 angeführten Schriftsteller. Freilich aber steht in gar manchen Fällen gerade dieses Merkmal nicht fest und ist es eben fraglich, ob die Mitglieder persönlich haften oder nicht. Dann dreht man sich im Kreise: von der eigenen (unbeschränkten oder beschränkten) Haftung resp. Nichthaftung der Mitglieder hängt die Qualifikation des Vereins und von dieser jene ab.

22) Ueber die Fähigkeit solcher unpersonifizirter Personenvereine als Kläger resp. Beklagter aufzutreten, vgl. deutsche C.P.O. § 19, 157. Entsch. des R.O.H.G. Bd. 4 Nr. 44 S. 211 fg. Entsch. des R.G. Bd. 4 Nr. 45 S. 156. Vgl. Wach, Handb. des deutsch. Civilpr. I S. 520 fg. „Subjekt des Prozesses bleiben die unter dem Collektivnamen begriffenen, materiell berechtigten Vereins-Gesellschaftsmitglieder, wenngleich sie einheitlich repräsentirt werden. Das Urtheil ergeht für und gegen sie, wenn schon es auf den Namen der Gesellschaft lautet ... Der Verein bleibt immer nur die Summe der Einzelnen, so lange das Vereinsvermögen rechtlich nicht aus Rechten und Pflichten des Rechtssubjekts „„Verein"", sondern der Rechtssubjekte „„Vereinsmitglieder"" besteht" (S. 521). Vgl. Bekker, Pand. I S. 226 fg. — Sehr bedenklich erscheint mir § 2075 sächs. Gesetzb., insofern er nicht bloß Vermächtnisse an „erlaubte Vereine und Gesellschaften, welche keine (vom Staat anerkannte, §. 52) juristische Persönlichkeit haben", gestattet, sondern sogar Erbeinsetzungen derselben, die als Einsetzung der einzelnen zur Zeit des Anfalls den Verein bildenden Mitglieder, mit der Auflage der Zuwendung des Empfangenen zum Zwecke des Vereins, behandelt werden. Welcher praktische Unterschied besteht dann überhaupt noch zwischen den vom Staat als juristische Person anerkannten und den nicht als solche anerkannten Vereinen, zumal man wohl auch die in letzterem Falle stattfindende eigene Haftung der Vereinsmitglieder als auf ihre Einlagen beschränkt zu supponiren haben wird. Vgl. auch Bekker, Pand. I S. 228.

Hinsicht begrifflich zu bestimmen als der unpersonifizirte Verein der Gesellschafter, als der Inbegriff der zu einem einheitlichen Ganzen verbundenen Socii[22a]). In Folge dieser Zusammenfassung der Gesellschafter zu einem natürlichen realen Ganzen, zu einer collektiven Einheit, ist eine solche Societas ein corpus im weiteren nichttechnischen Sinne[23]). Darin liegt der Unterschied der modernen handelsrechtlichen Gesellschaft von der römischen Societas und in diesem Sinne ist das oft citirte Wort richtig: il y avait des associés, mais il n'y avait point de société[24]). Die

---

22a) Dies deutet auch schon das Wort „Gesellschaft" an, indem das Suffix „schaft" überhaupt etwas Zuständliches und insbesondere „Zusammengehörigkeit, Gesammtheit" bedeutet (Weigand-Schmithenner, deutsch. Wörterb. s. v. „schaft") z. B. Ritterschaft, Bürgerschaft, Beamtenschaft, Gläubigerschaft, Dienerschaft, Gefolgschaft, Mannschaft, Burschenschaft u. dgl. m.

23) Auch die italienischen Juristen des Mittelalters sehen in der Handelsgesellschaft ein corpus (z. B. Scaccia, tractat. de commerc. et cambio §. 1 Qu. I no. 450: aliud est corpus unius societatis et aliud est quilibet socius ipsius societatis), allein sie nehmen ein corpus mysticum, somit eine juristische Person an. Decis. Rotae Genuae de mercatura (Venedig 1582), decis. 7 no. 910 (p. 34): societas est corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum . . . scriptum ab ipso corpore seu societate, non ab ipsis ut particularibus . . . Die Handelsgesellschaft ist jedoch ebenso wenig ein „mystisches" Wesen, als dies eine Legion oder eine Heerde ist.

24) Frémery, Études de droit commercial (1823) ch. 4 p. 31. Die französischen Juristen (so neuerdings Lyon-Caen et Renault, Précis de drois commercial 1879 I p. 145) sehen in der offenen Handelsgesellschaft ein être moral distinct des associés, erklären jedoch diese Personifikation nur als eine „relative" und „beschränkte" und warnen selbst vor der consequenten Durchführung dieser Theorie. So sagt Frémery p. 33 in einem Athem: La coutume commerciale, en admettant qu'une société de commerce est un être distinct de chacun de ses membres . . . n'a pas songé à isoler la société des associés qui la composent. Vgl. Goldschmidt in seiner bekannten Kritik des preuß. Entw. in der Heidelb. krit. Zeitschr. IV S. 186 fg. Lehmann S. 11. 39.

zutreffendste Bezeichnung für diese Art der Handelsgesellschaft ist daher „Collektivgesellschaft“[25]), während die Benennung „offene“ Handelsgesellschaft[26]) weniger entsprechend ist, da sie mehr die Manifestation als das Manifestirte zum Ausdruck bringt.

Von diesem Standpunkte aus ergeben und erklären sich in einfacher und ungekünstelter Weise jene Bestimmungen, welche man einerseits als „aus Utilitätsgründen“ getroffene „Modifikationen der Societät“ angesehen hat und woraus man andererseits die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft abzuleiten versucht hat. Dies soll im Folgenden in Kürze und mit Beschränkung auf die wichtigsten Momente dargethan werden.

1. Nach Art. 85 ist eine offene Handelsgesellschaft vorhanden, „wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben.“ Diese Fassung des Gesetzes schließt von vornherein die Annahme einer von der Person der Gesellschafter losgelösten selbständigen Existenz der Gesellschaft als eines eigenen Rechtssubjektes vollständig aus. Die „zwei oder mehreren Personen“ sind es, die das Gewerbe betreiben, nicht ein von ihnen verschiedenes Wesen (juristische Person, „formale Einheit“), als dessen Organ oder Repräsentanten die Gesellschafter zu betrachten wären[27]). Die Firma der Collektivgesellschaft ist nicht die Firma einer Einzelperson, sondern eine gemeinsame Firma: sie ist der zusammenfassende Aus-

25) Diese Benennung findet sich z. B. im schweiz. Obl.R. Art. 552 fg.

26) Vgl. darüber Behrend, Handelsr. I S. 457 Anm. 1.

27) Vgl. Stobbe, deutsch. Privatr. I S. 391. Daher sind auch die Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft Kaufleute. Vgl. Laband in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 30 S. 520. Behrend I S. 105. 462.

druck für die sämmtlichen Gesellschafter in ihrer Zusammengehörigkeit. Während daher bei der Aktiengesellschaft als einer juristischen Person (Art. 213) in die Firma der Name von Gesellschaftern nicht aufgenommen werden darf (Art. 18), muß die Firma einer offenen Handelsgesellschaft die Namen sämmtlicher Gesellschafter oder den Namen wenigstens einer der Gesellschafter „mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft (d. h. die Verbundenheit desselben mit Anderen zu einem einheitlichen Ganzen) andeutenden Zusatze enthalten" (Art. 17). Der Ausspruch des Pomponius: corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta (L. 30 pr. D. cit. 41. 3) kommt hier zur Geltung und Anwendung: socii non soluti, sed uni nomini subjecti. Wer mit der „gemeinsamen Firma" Geschäfte schließt, schließt sie mit der Totalität der Gesellschafter. Ist daher die erklärte Absicht vorhanden, mit der Firma zu contrahiren und schließt einer der Gesellschafter im eigenen Namen ab, so kommt ein Vertrag nicht zu Stande, da man nicht mit jedem Gesellschafter für sich und isolirt, sondern mit den Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit zu einem Ganzen, d. h. mit der Gesammtheit (Gesellschaft) contrahiren wollte [28]).

2. Die Gesellschaft hat als Collektivganzes ihren eigenen Sitz und Gerichtsstand (Art. 86. 111 H.G.B. Art. 19. 22 C.P.O.). Daraus auf die eigene Rechtssubjektivität der Gesellschaft schließen zu wollen, ist ganz ungerechtfertigt. Auch ein Regiment hat seinen Standort und seinen Werbbezirk. Die Gesellschafter haben jedoch nur in ihrer Zusammengehörigkeit und Verbundenheit einen eigenen Gerichtsstand: wird der einzelne Gesellschafter für seine Person

28) Im Ganzen ist der Theil enthalten, nicht im Theile das Ganze. Vgl. auch die Entsch. des R.O.H.G. Bd. 20 Nr. 70 S. 262 ff.

aus Gesellschaftsangelegenheiten in Anspruch genommen, so kann er nicht bei dem Gerichtsstande der Gesellschaft[29]), sondern nur bei jenem Forum belangt werden, welches sonst für ihn zuständig ist.

3. Die Verbindlichkeiten der Gesellschaft sind die eigenen Verbindlichkeiten der Gesellschafter (Art. 112). Die an sich ungerechtfertigte Annahme einer selbständigen Existenz und eigenen Rechtssubjektivität der Gesellschaft führt in diesem Falle zu einer verwickelten Construktion: es müßten hiernach die Gesellschaft und die einzelnen Gesellschafter „solidarisch nach den Grundsätzen der Correalobligation" haften, und diese selbständige Haftung der Gesellschaft wäre um so unnatürlicher, als „die Gesellschafter Eigenthümer des Gesellschaftsvermögens bleiben", die Gesellschaft als Rechtssubjekt daher kein eigenes Vermögen hätte. In der That ist eine solche doppelte Haftung nicht vorhanden, da die Gesellschaft nichts anderes als die Totalität der Gesellschafter ist.

Die Haftung der Gesellschafter ist eine unbeschränkte und correale (Art. 112). Ueber den juristischen Grund dieser durch das praktische Bedürfniß hervorgerufenen Correalität herrscht Meinungsverschiedenheit[30]). Er liegt in der gemeinsamen Betreibung des Handelsgewerbes durch die Gesellschafter: gemeinsamer Geschäftsbetrieb, gemeinsame Haftung. Wie die Gesellschafter zu einem einheitlichen Ganzen verbunden sind, so sind es ihre Obligationen: in der Zusammenfassung einer Mehrheit von Obligationen zu einer collectiven Einheit liegt aber doch wohl das Wesen der

29) Dies nimmt mit Unrecht Lehmann S. 66 an.

30) Vgl. die verschiedenen Ansichten bei Römer, Abhandl. aus dem röm. Recht I S. 155 fg. Lehmann S. 56 fg. Behrend I S. 459. 460.

Correalität[31]). Der Zusammenhang der Gesellschafter führt

---

31) Jahrb. Bd. 22 Nr. 2, Bd. 23 Nr. 3. Diese Construction hat die Zustimmung von Sohm Institut. 2. Aufl. §. 61 und „bis zu einem gewissen Grade" von Dernburg Pandekt. II § 71 gefunden. Dagegen hält Dernburg (§ 72) an der Ansicht fest, daß die gesammtzerstörliche Wirkung der Litiscontestation nicht „aus scholastischen Erwägungen" hervorgegangen sei, daß sie „ein Produkt der Noth, der Starrheit des alten Prozesses war". Da der Richter nur zu fragen hatte, ob der Schuldner litis contestatae tempore schuldete und die judicia nicht absolutoria waren, hätte der Gläubiger mehrere Judikate erlangt, die ihm das Recht der Doppelbeitreibung gegeben hätten, da das Urtheil schlechthin exequirbar war. Auf die sich sofort aufdrängende Frage, warum dieses „Produkt der Noth und der Starrheit des alten Prozesses" nicht beseitigt worden sei, nachdem die Regel omnia judicia esse absolutoria zur Geltung gelangt war und gegen die actio judicati Einwendungen erhoben werden konnten, die Gefahr einer doppelten Beitreibung und Zahlung somit ausgeschlossen war, gibt Dernburg zunächst die Antwort, daß „nunmehr die gesammtzerstörliche Wirkung der L.C. gleichsam zur anderen Natur des Instituts geworden war." Durch diese Wendung sucht sich Dernburg mit dem Ausspruch Ulpian's abzufinden: natura obligationum duarum ea est, ut, quum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur (L. 5 i. f. D. de fidej. 46. 1). Allein die römischen Juristen sprechen nicht selten von der Natur eines Rechtsverhältnisses oder Rechtsinstitutes und verstehen darunter das Wesen, die „innere" Natur, die natürliche Beschaffenheit desselben (z. B. L. 15 §. 1 D. de serv. 8. 1. L. 32 §. 1 D. de S.P.U. 8. 2. L. 24 D. dep. 16. 3). Nichts deutet darauf hin, daß Ulpian in jener Stelle von einer gleichsam durch Gewohnheit zur andern Natur gewordenen, nur aus längst antiquirten prozeßgeschichtlichen Gründen zu erklärenden Eigenthümlichkeit der C.O. habe sprechen wollen und dies ist um so unwahrscheinlicher, als gerade Ulpian über die „innere" Natur der C.O. eine bestimmte Meinung äußert (L. 3 §. 1 D. h. t. 45. 2). Dernburg meint ferner, es wäre gar kein praktisches Bedürfniß zu einer Beseitigung der gesammtzerstörlichen Wirkung der L.C. vorhanden gewesen. „In ihrer Erwartung hatten sich die Correalschuldner verbunden. Wollten sie dieselbe nicht, so mußte sie durch besonderen Vertrag ausgeschlossen werden. Es war nicht Aufgabe der Jurisprudenz, hieran etwas zu ändern." Allein ganz abgesehen davon, daß wir nicht wissen, bis auf welche Zeit hinauf diese von Justinian (L. 28 C. de fidej. 8. 41) erwähnten, uns auch sonst nicht genauer bekannten pacta adjecta reichen, so gab es ja Fälle, in welchen die Gläubiger sich gegen die ihnen so nachtheilige Wirkung der L.C. durch

naturgemäß zu dem Zusammenhang der Obligationen: dem

Vertrag gar nicht schützen konnten. Wie hätten sie dies bei einer Correalverbindlichkeit aus letztwilliger Verfügung und bei Correalitäten, welche ex lege entstehen, vermocht! Freilich ignorirt Dernburg die Correalitäten ex lege vollständig und nimmt sogar in die Definition der C.O. für das heutige Recht das Merkmal der Schaffung derselben durch Rechtsgeschäft auf (S. 184). Allein Correalität ex lege hat es schon im röm. Recht gegeben und im heutigen Recht sind die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden correalen Haftungen ebenso zahlreich als wichtig. Und endlich, wie verträgt sich mit jener Erklärung der Ausspruch: unum petentem totam rem in litem deducere (L. 31 §. 1 D. de novat. 46. 2 cf. L. 2 D. h. t. 45. 2)? Nebenbei bemerkt, mißversteht Dernburg den § 1 J. de duob. reis (3. 16). Er findet in den Worten: in utraque tamen obligatione una res vertitur einen klaren Beleg für die Mehrheit der Obligationen („mehrere Obligationen auf dasselbe Ziel") und preist die Stelle als „eine wahrhaft klassische, scharf, präcis, plastisch" (S. 191 Anm. 10). Allein aus dem Zusammenhang des § 1 mit dem Proömium geht hervor, daß die Worte in utraque obligatione sich auf die beiden Arten der C.O., die aktive und die passive, beziehen; daran reiht sich die Schlußfolgerung, daß Befriedigung Eines Gläubigers oder durch Einen Schuldner omnium perimit obligationem et omnes liberat, also beide Arten der C.O. aufhebt. Dernburg urgirt das Wort omnium: allein daß in der C.O. eine Mehrheit von Subjekten vorhanden sei, haben doch auch die Anhänger der Unitätstheorie niemals bezweifelt. Eher könnte man betonen, daß von der Obligation der Correalgläubiger im Singular (obligationem) gesprochen wird. Daß § 1 J. cit. zu Gunsten der Einheit der C.O. spricht, hat schon einer der frühesten Bekämpfer der Unitätstheorie (Helmolt die C.O. 1857 S. 160 Anm. 3) erkannt und zugestanden und ihm stimmt Fitting, die Natur der C.O. 1850 S. 16 Anm. 15 bei. Schrader zieht denn auch zur Erklärung des §. 1 J. cit. mit Recht die L. 3 §. 1 D. h. t. heran. — Auch bei dem constitutum debiti geht Dernburg (Pand. II § 69) unter Berufung auf L. 18 § 3 D. de pec. const. (13. 5) von der Annahme aus, daß zur Vermeidung doppelter Beitreibung und Zahlung die L.C. ursprünglich gesammtzerstörliche Wirkung hatte und daß dies später geändert worden sei. Allein L. 18 §. 3 cit. (vgl. dazu Bruns in der Zeitschr. f. Rechtsg. I S. 79) enthält nichts von einer Rechtsentwicklung: sie besagt vielmehr, daß von altersher Zweifel darüber bestanden habe (vetus fuit dubitatio), ob die L.C. über die Klage aus dem Constitutum auch die Hauptklage consumire, und löst denselben mit der Wendung: tutius est dicere: dies ist mit jener Hypothese unverträglich.

Verband der Personen entspricht der Verband der Obligationen [32]).

4. Das Gesellschaftsvermögen ist das Vermögen der vereinigten Gesellschafter. Dieses Vermögen ist jedoch von dem übrigen Vermögen der Gesellschafter abgesondert und der Disposition derselben zu Privatzwecken entzogen und ausschließlich für die Zwecke der Gesellschaft bestimmt: es ist den Interessen der Gesammtheit rechtlich verfangen und verstrickt. Hieraus ergibt sich eine Doppelstellung der Gesellschafter, indem sie einzeln Herren ihres Privatvermögens, vereint Subjekte des Gesammtvermögens sind, und hiermit die Möglichkeit eigener Rechtsbeziehungen zwischen den beiderseitigen Vermögensmassen. Die rechtliche Natur dieses Sondervermögens und die sich aus dieser Doppelstellung ergebenden wichtigen Consequenzen (Art. 119—122. 131 H.G.B. und Obligationen zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern) [33]) sind von Andern vielfach

---

32) Waldner, die correale Solidarität S. 105. 106, und Mitteis, die Individualisirung der Obligation S. 52 Anm. 58 meinen, daß mit dieser Construktion der C.O. die Vorschrift Justinian's (L. 28 C. cit. 8. 41) unverträglich sei: indem das Moment des Zusammenhangs der Obligationen, worauf die ganze Theorie gebaut ist, infolge der L. 28 für etwas Antastbares erklärt wird, werde an diese Theorie selbst Hand gelegt. Ich glaube nicht, daß ich den Ast absäge, auf dem diese Theorie beruht. Etwas aus dem Zusammenhange herausheben, heißt nicht denselben negiren, sondern ihn vielmehr voraussetzen und anerkennen. In ähnlicher Weise konnte durch die Präskriptio: ea res agatur ein einzelner Anspruch aus einer Gesammtheit von Ansprüchen hervorgehoben und isolirt werden, um dadurch die sonst stattfindende Consumtion aller übrigen Ansprüche zu verhüten.

33) Auch die Bestimmung, daß der in eine bestehende Handelsgesellschaft Eintretende für alle bereits eingegangenen Verbindlichkeiten derselben zu haften hat (Art. 113) und, wie man hinzufügen muß, auch aller bereits bestehenden Rechte derselben theilhaftig wird, ist nur durch die Annahme eines Sondervermögens der Gesellschaft als eigener universitas juris ermöglicht (Randa im Arch. f. Wechselr. Bd. 15 S. 28): wer in den Verband der Gesellschaft tritt, tritt hiermit unmittelbar in den Vermögenskreis ein, der sich um die Gesellschaft gebildet hat.

erörtert[34]) und in neuester Zeit insbesondere von Laband (Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 31 Nr. 1) in so scharfsinniger und gründlicher Weise dargelegt worden, daß es hier genügt, darauf zu verweisen.

5. Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma „Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben" (Art. 111) auch unter diesem Zeichen erworbene Rechte sind Rechte der Gesellschafter. Wenn daher Miteigenthümer eines Grundstücks dasselbe in die Gesellschaft, welche sie allein bilden, inferiren wollen, so bedarf es nicht einer Auflassung an die Gesellschaft, sondern nur der Umschreibung auf deren Namen[35]): es findet keine Rechtsänderung statt, sondern es wird nur manifestirt, daß das Grundstück fortan zum gesellschaftlichen Sondervermögen gehört. Desgleichen verbleiben die zur Zeit der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft vorhandenen Gesellschafter Eigenthümer des auf die Firma eingetragenen, nicht in die Liquidation gezogenen Grundstücks[36]).

Die Eintragung der Gesellschaft unter ihrer Firma in das Grund- und Hypothekenbuch enthält implicite die Eintragung der Gesellschafter[37]). Die Gesellschaft wird als ein Collectivganzes eingetragen, welches die Theile in sich begreift, continens

34) Randa im Arch. f. Wechselr. Bd. 15 S. 25 fg. Lehmann S. 26 fg. 51 fg. 69 fg. Vgl. auch Hahn, Comment. (3. Aufl.) I S. 465 fg. und Behrend I S. 469 fg. 532 fg. 536 fg., der aber überall die Gesellschaft als „formelle Einheit" dazwischen schiebt: ein solches Ueberbein existirt nicht im Körper der Gesellschaft.

35) Dernburg und Hinrichs preuß. Hypothekenr. I S. 328. Bolze, jur. Person S. 68, mit dessen Auffassung der offenen Handelsgesellschaft (S. 64 fg.) ich mich begegne. A. M. jedoch Laband, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 31 S. 40.

36) Dernburg, preuß. Privatr. II (3. Aufl.) S. 630.

37) Ueber das praktische Motiv der in manchen Ländern gestatteten Eintragung auch der Gesellschafter nebst der Firma vgl. Hahn, Comment. I S. 399. 400.

pro contento. Es wird daher bücherliches Miteigenthum ohne weiters verloren und erworben durch Austritt aus der Gesellschaft und durch Eintritt in dieselbe[38]).

6) Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma Prozeß führen (Art. 111. 117). Kläger und Geklagter ist im Firmenprozeß die Gesellschaft als Gesammtheit d. i. sämmtliche Gesellschafter in ihrer Verbundenheit zu einem Ganzen[39]). Daraus ergibt sich zunächst, daß die geklagte Gesellschaft nur solche Einreden vorbringen kann, welche den Gesellschaftern insgesammt zustehen: Einreden, welche einem Gesellschafter nur für seine Person zustehen, können im Firmenprozeß nicht vorgebracht werden[40]).

Ist die geklagte Gesellschaft freigesprochen, so sind sämmtliche Gesellschafter freigesprochen: der späteren Inanspruchnahme eines einzelnen Gesellschafters steht die exceptio rei judicatae entgegen[41]). Ist die Gesellschaft rechtskräftig verurtheilt, so

---

38) Dernburg und Hinrichs I S. 327.

39) Ist die Gesellschaft geklagt und wird hierauf ein einzelner Gesellschafter belangt, so hat er die Einrede der Litispendenz; dies gilt nicht im umgekehrten Falle, da die Gesellschaft wohl mit sämmtlichen Gesellschaftern, nicht aber mit dem einzelnen Gesellschafter identisch ist und der Theil im Ganzen, nicht das Ganze im Theil enthalten ist. Vgl. Wach, Civilpr. I S. 524.

40) Vgl. Hahn in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 28 S. 637 fg. (gegen Römer Abh. I S. 161 fg.) und im Comment. I S. 406 fg. Wach, Handb. des Civilpr. I S. 522 fg. 528 fg. Behrend I S. 527 Anm. 13.

41) Vgl. Römer S. 167. Ist ein einzelner Gesellschafter geklagt und freigesprochen worden, so wirkt die Freisprechung, sofern sie nicht aus rein persönlichen Gründen erfolgt, auch zu Gunsten der übrigen Gesellschafter, somit der Gesellschaft. L. 42 § 3 D. de jurej. 12. 2. Römer S. 171. Dernburg, Pandekt. II S. 195 will in der L. 42 § 3 cit. nur eine für Bürgschaftsverhältnisse geltende Ausnahme erblicken und erklärt die herrschende Ansicht, welche letzthin Ihering (Jahrb. Bd. 24 S. 185. 186) mit besonderem Nachdruck geltend gemacht hat, für unrichtig. Da

sind sämmtliche Gesellschafter rechtskräftig condemnirt: dieses Urtheil ist zwar gegen die Gesellschaft und in das Sondervermögen derselben sofort vollstreckbar, nicht aber ohne weiters und unmittelbar auch gegen den einzelnen Gesellschafter und in dessen Privatvermögen, da demselben vorerst noch Gelegenheit geboten werden muß, die ihm für seine Person und in seiner privatvermögensrechtlichen Stellung zustehenden Einwendungen geltend zu machen[42].

---

aber nicht blos der Bürge sich auf das den Hauptschuldner freisprechende Urtheil berufen kann, sondern auch dieser auf das den Bürgen freisprechende Urtheil, so kann der Grund jener Entscheidung nicht in der accessorischen Natur der Bürgschaft, sondern nur in dem zwischen Hauptschuldner und Bürgen stattfindenden Correalverhältniß gefunden werden. Vgl. Savigny Obl.R. I S. 190.

42) Vgl. Hahn, Comment. I S. 404. Behrend I S. 527. Wach I S. 529. Dies ist auch die Praxis des österr. O.H.G. Samml. Bd. 16 Nr. 7061. Bd. 18 Nr. 7888. Bd. 19 Nr. 8355 (vgl. jedoch Nr. 8630). Bd. 20 Nr. 8837. 8969. 9170. — Auf die prozessuale Seite der Frage, ob es der Anstellung einer besonderen Klage (actio judicati) bedarf (Hahn) oder ob die Vollstreckungsclausel zu erwirken ist (Wach), gehe ich hier nicht näher ein.

IV.

Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz.

Von

Prof. **Dr J. Kohler** in Würzburg.

Motto: **Jus est ars boni et aequi.**
Celsus
(nach Ulpian in fr. 1 pr. de just. et jure).

I.

Warum hat die praktische Jurisprudenz in Deutschland nicht die schöpferische Kraft der französischen, englischen, amerikanischen bewiesen? Wo gibt es bei uns etwas, das sich irgendwie mit den schöpferischen Thaten messen kann, welche allein in Pataille's Annales de la propriété industrielle zu Tage getreten sind, oder mit dem Equityrecht der englischen Gerichte oder mit den Entscheidungen der amerikanischen Courts im Gebiete des Industrierechts?

Diese Frage habe ich oft an mich gerichtet, und sie hat mein Inneres lebhaft beschäftigt, denn es steht in mir fest, daß einstmals die deutsche Jurisprudenz auf der Höhe der Jurisprudenz aller großen Kulturstaaten stehen wird.

Auch muß man sich sagen, daß das Zeitalter des einigen deutschen Reiches zu jung ist, als daß die Weltstellung des Reiches und der Einfluß auf die Jurisprudenz, welcher sich ins-

besondere in dem weiteren Weltblicke der Richter kundgibt, völlig hätte durchgreifen können. Doch es müssen noch andere Gründe obwalten, und auf einen Hauptpunkt hinzuweisen, ist der Zweck dieser Zeilen.

Wir Deutsche gelten mit Recht als die unerbittlichsten Systematiker, und das Bedürfniß, die Thatsachen in ihre Elemente zu zerlegen und die Elemente nach allen ihren Eigenschaften und Funktionen zu klassificiren, ist von uns unzertrennlich. Ihm haben wir die größten Erfolge der Wissenschaft zu verdanken. Aber allerdings, dieses hat auch seine tiefen Schattenseiten, welche fast allgemein übersehen werden. Ueberall, wo der Mann nicht als Mann des Denkens, sondern als Mann der That auftreten soll, wird neben den Eingebungen des reflektirenden Verstandes der unbewußte Instinkt, das Gefühl eines räthselhaften in uns liegenden Gestaltungstriebes maßgebend sein, und die größten Genies haben ihre Werke in nachtwandlerischem Hellsehen geschaffen — die größten Genies, ich rechne darunter auch die Dichter und Künstler, denn auch das dichterische Werk, auch das Kunstwerk ist eine That. Das dürfte nun wohl allmählich anerkannt sein, und auf die Ansicht, als ob der Dichter nur dasjenige in das Werk lege, was er gelernt habe, brauche ich nicht zurückzukommen [1]). Ganz

1) Vgl. meine Abhandlung in der Z. f. vgl. Rechtsw. V S. 330 f. und die hier (S. 333) allegirte Stelle aus Grindon, Shakespeare Flora p. 2: every great discovery in science is the fulfilment of a prophecy put forth by some noble poet of an earlier age. Gänzlich mißverstanden ist dieser Punkt von König, Deutsche Litteraturzeitung 1884 S. 1209, wo derselbe annimmt, ich würde die Dichternatur verkennen, indem ich dem Dichter „Ziele, Zwecke, Tendenzen" unterschiebe. Zwischen absichtlichen Tendenzen einer Dichtung und zwischen tiefen Wahrheiten, welche ein Genie im Gewande der Poesie unbewußt zum Ausdrucke bringt, ist ein großer Unterschied. Nur von den letzteren spreche ich: eine Dichtung ohne solche tiefe Gedanken, ein Werk, welches bloß auf Spaß oder Unterhaltung abzielt, ist ästhetisch werthlos. Schon Schiller (Brief an Göthe 23/8. 1794, Brief Nr. 4) hat es

IV.

Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz.

Von

Prof. **Dr J. Kohler** in Würzburg.

Motto: **Jus est ars boni et aequi.**
Celsus
(nach Ulpian in fr. 1 pr. de just. et jure).

I.

Warum hat die praktische Jurisprudenz in Deutschland nicht die schöpferische Kraft der französischen, englischen, amerikanischen bewiesen? Wo gibt es bei uns etwas, das sich irgendwie mit den schöpferischen Thaten messen kann, welche allein in **Pataille's Annales de la propriété industrielle** zu Tage getreten sind, oder mit dem Equityrecht der englischen Gerichte oder mit den Entscheidungen der amerikanischen Courts im Gebiete des Industrierechts?

Diese Frage habe ich oft an mich gerichtet, und sie hat mein Inneres lebhaft beschäftigt, denn es steht in mir fest, daß einstmals die deutsche Jurisprudenz auf der Höhe der Jurisprudenz aller großen Kulturstaaten stehen wird.

Auch muß man sich sagen, daß das Zeitalter des einigen deutschen Reiches zu jung ist, als daß die Weltstellung des Reiches und der Einfluß auf die Jurisprudenz, welcher sich ins-

besondere in dem weiteren Weltblicke der Richter kundgibt, völlig hätte durchgreifen können. Doch es müssen noch andere Gründe obwalten, und auf einen Hauptpunkt hinzuweisen, ist der Zweck dieser Zeilen.

Wir Deutsche gelten mit Recht als die unerbittlichsten Systematiker, und das Bedürfniß, die Thatsachen in ihre Elemente zu zerlegen und die Elemente nach allen ihren Eigenschaften und Funktionen zu klassificiren, ist von uns unzertrennlich. Ihm haben wir die größten Erfolge der Wissenschaft zu verdanken. Aber allerdings, dieses hat auch seine tiefen Schattenseiten, welche fast allgemein übersehen werden. Ueberall, wo der Mann nicht als Mann des Denkens, sondern als Mann der That auftreten soll, wird neben den Eingebungen des reflektirenden Verstandes der unbewußte Instinkt, das Gefühl eines räthselhaften in uns liegenden Gestaltungstriebes maßgebend sein, und die größten Genies haben ihre Werke in nachtwandlerischem Hellsehen geschaffen — die größten Genies, ich rechne darunter auch die Dichter und Künstler, denn auch das dichterische Werk, auch das Kunstwerk ist eine That. Das dürfte nun wohl allmählich anerkannt sein, und auf die Ansicht, als ob der Dichter nur dasjenige in das Werk lege, was er gelernt habe, brauche ich nicht zurückzukommen [1]). Ganz

1) Vgl. meine Abhandlung in der Z. f. vgl. Rechtsw. V S. 330 f. und die hier (S. 333) allegirte Stelle aus Grindon, Shakespeare Flora p. 2: every great discovery in science is the fulfilment of a prophecy put forth by some noble poet of an earlier age. Gänzlich mißverstanden ist dieser Punkt von König, Deutsche Litteraturzeitung 1884 S. 1209, wo derselbe annimmt, ich würde die Dichternatur verkennen, indem ich dem Dichter „Ziele, Zwecke, Tendenzen" unterschiebe. Zwischen absichtlichen Tendenzen einer Dichtung und zwischen tiefen Wahrheiten, welche ein Genie im Gewande der Poesie unbewußt zum Ausdrucke bringt, ist ein großer Unterschied. Nur von den letzteren spreche ich: eine Dichtung ohne solche tiefe Gedanken, ein Werk, welches bloß auf Spaß oder Unterhaltung abzielt, ist ästhetisch werthlos. Schon Schiller (Brief an Göthe 23/8. 1794, Brief Nr. 4) hat es

ebenso aber die Thaten des Lebens: der geniale Staatsmann wird nach den Eingebungen seiner Brust, nicht nach den Belehrungen eines Staatsphilosophen handeln, und der Proceß, welcher eine Unzahl von künftigen Möglichkeiten vor seinen Geist drängt, unter welchen er wie durch einen Gedankenblitz die entscheidende trifft, geht im tiefen Innern seines Gemüthes vor sich; ganz ähnlich wie die Gebote der Convenienz von einem feingebildeten Manne beobachtet werden, ohne daß er das Büchlein Don't auswendig kann; auch die Satzungen der Moral könnten von den wenigsten Menschen beobachtet werden, wenn dieselben sich über die Moralgesetze zuvor klare Rechenschaft geben müßten; und um ein anderes Beispiel zu gebrauchen: die deutsche Sprache würde noch hundertfach mehr verunstaltet, als es wirklich der Fall ist, wenn nur derjenige deutsch sprechen könnte, welcher deutsche Grammatik gelernt hat: auch die sprachliche Gestaltung entspringt mehr aus dem Sprachgefühl, als aus dem Bewußtsein und der Kenntniß der Sprachgesetze.

In eine ähnliche Lage ist der Richter gestellt. In seiner Praxis starren ihm hunderte von Problemen entgegen, über welche noch keine wissenschaftliche Größe sich geäußert, welche noch in keiner Monographie analysirt worden sind; und er muß sie lösen, er muß sie in einer den Anforderungen der Rechtsordnung entsprechenden Weise lösen — da wird ihn sein richtiger Instinkt auf die rechten Pfade leiten, und ein Richter, welcher nach tüchtigem Rechtsstudium im Leben vieles erfahren, im Rechtsleben vieles erprobt und durchgefühlt hat, wird hier den richtigen Weg finden [2]), wenn auch nachtwandlerisch und

ausgesprochen, daß in der richtigen Intuition „alles und weit vollständiger" liegt, „was die Analysis mühsam sucht". Es ist seltsam, daß 90 Jahre später noch solche Mißverständnisse auftauchten.

2) Treffend bemerkt Ancelot in der Revue critique de Législation et de Jurisprud. XXI p. 490: „Le magistrat, après avoir nourri son

wenn auch mit schlechten Gründen. Daß aber eine gute Entscheidung mit schlechten Gründen immer noch einer schlechten Entscheidung mit guten Gründen vorzuziehen ist, versteht sich so sehr von selbst, daß die Annahme, als würde ich schlechten Gründen das Wort reden und diese gar als ein Zeichen einer richtigen Entscheidung betrachten, keiner Erwähnung bedarf. Ist doch der Richter ebensowenig eine exotische Person, als der Gesetzgeber; beide sind in der Kulturatmosphäre groß geworden, in welcher das Rechtsleben spielt, und zwischen dem Richter und dem Rechtsleben gibt es tausend Berührungsstellen, welche auch das bewaffnete Auge des Forschers nicht zu entdecken vermöchte.

Diese instinktive Thätigkeit des Richters haben unsere romanischen und englischen Nachbarn im höchsten Grade entwickelt: die Jurisprudenz ist Schritt für Schritt vorgegangen im Aufbau aus den Elementen des Lebens; und als in die dunkle Nacht des Werdens das Licht der Wissenschaft einfiel, traf es nicht mehr öde Stellen, sondern einen stattlichen Bau, welchen die Wissenschaft nur zu vollenden und wohnlich zu machen hatte. Auf diese Weise haben die genannten Völker geschaffen — auf diese Weise haben unsere großen Vorbilder, die Römer geschaffen, und in ihrem humanius est, utilius est [3]) liegt ein tiefer Fonds des Rechtsinstinktes: hier sind sie

---

esprit, dans ses jeunes années, des éléments de cette science et en demeurant toujours fidéle à son culte, se meut cependant, non plus dans les régions abstraites de l'absolu, mais dans le milieu vivant des réalités dont lui seul peut, après un long exercice, démêler toutes les nuances."

3) Man vergl. beispielsweise fr. 85 (84) pr. de hered. instit.: humanius est et magis aequitatis ratione subnixum; fr. 8 § 2 de opt. legata: humanius autem erit; und so Papinian in dem berühmten fr. 51 § 1 de fidejuss: was hier Papinian gefühlt, das haben die islamitischen Juristen ausgesprochen; vgl. meine Modernen Rechtsfragen bei islam. Juristen S. 19. Ferner fr. 25 § 2 de adq. poss.: videtur utilius esse; fr. 4 § 23 de doli m. exc.: ego puto utilius u. s. w. Dieses instinktive humanius

am größten, hier haben sie für die Ewigkeit gewirkt — mehr als mit ihren etwas spitzfindigen Details der bonorum possessio und anderem.

Inwiefern die Gerichte dazu berechtigt seien, hat man bei diesen Völkern wenig erörtert; was ist, ist vernünftig, war auch hier der selbstverständliche Gedanke, und die vortrefflichen Resultate boten sich von selbst dar. Daß es an Auswüchsen nicht fehlte, versteht sich von selbst, und wenn Bentham[4]) und Andere den Richter in die vier Pfähle strenger Paragraphenordnung zurückdrängen wollten, so weiß man, was von solchen Bestrebungen zu halten ist.[5])

In Deutschland aber ließ der grübelnde Sinn keine Ruhe. Man discutirte über die Berechtigung des Richters zur Rechtsschöpfung, und weil man nach der derzeitigen Anschauung der Dinge eine solche nicht anerkannte, so wurde von selbst eine solche Thätigkeit wissenschaftlich verworfen. Bei anderen Völkern wären solche Achtserklärungen praktisch ziemlich unbeachtet geblieben, aber die Deutschen haben die Eigenschaft, sich von gewissen Theorieen mehr als nöthig leiten zu lassen; und so ist diese Richtung tief in die Praxis eingedrungen, und das Lied von der lex ferenda sed nondum lata ließ sich von allen Seiten vernehmen. Man glaubte höchst richtig zu verfahren, wenn man sich ängstlich von jedem Terrain fern hielt, das nicht gesetzlich und nicht wissenschaftlich bearbeitet war; der Gedanke, daß man dem Gesetze etwas beifügen, anstatt dasselbe auslegen würde, übte einen bestimmenden Einfluß; und wenn eine mögliche Entscheidung nach den damaligen Mitteln der Wissenschaft nicht construirbar war, so galt sie als

---

und utilius esse in reflectirende Rechtssätze aufzulösen, ist eine Aufgabe der Jurisprudenz unserer Tage, welche noch lange nicht gelöst ist.

4) Bentham, traité de législation (par Dumont) I p. 244 f.

5) Vgl. meine Abhandl. in Grünhuts Z. XIII S. 30.

zum Voraus verwerflich. Natürlich konnte diese zähe Richtung nicht völlig durchdringen. Hunderte von Entscheidungen haben auch in Deutschland die schöpferische Kraft der Jurisprudenz bewiesen. Aber sie hat sich nicht so frei und reich entwickelt, wie in anderen Kulturländern — wozu allerdings auch das kommt, daß das mündliche Verfahren allein die Streitfrage in einer solchen Lebhaftigkeit vor das Auge des Richters stellt, daß er seine instinktiv schöpferische Kraft frei bewähren kann: das mündliche Verfahren ist die eigentliche Domäne der frei schaffenden Jurisprudenz.[6])

Noch andere Dinge haben eingewirkt, und diese waren sehr gewichtig: so der Scholasticismus des Rechtsunterrichts, wie er bis in die letzten Jahrzehnte vielfach bestanden hat: die Ansicht, daß das Recht eine Art angewandter Mathematik sei, welche im schönen Spiele der Begriffe sich zur Papinianusentscheidung zuspitze, war vielfach verbreitet. Das praktische Recht, welches der Richter anzuwenden hatte, war vielfach ein ganz anderes, als welches er gelehrt worden war [7]), und man war damals bis zu dem Ausspruche gelangt, daß der Praktiker damit zu beginnen habe, recht vieles zu vergessen, wenn er nicht bei seiner Rechtsausübung gehindert sein wolle — dieser Ausspruch bezog sich meines Wissens auf den alten, den gemeinen Civilproceß und auf den Pfälzer, welcher in den gemeinen Civilproceß eingeschult war; denn die Geschichte des Civilprocesses war damals allerdings noch nicht so hinreichend entwickelt, daß der Zuhörer zur Anschauung kommen konnte,

6) Dieses ist einer der Hauptvorzüge der Mündlichkeit; die intuitive Schöpfungskraft des Richters wird sich nur unter der Herrschaft der Mündlichkeit entfalten können. — Die Entscheidungen in Sirey, Dalloz, Pataille, im Journal des Sociétés u. a. beweisen, was die Mündlichkeit zu leisten vermag.

7) Einer der größten Mißstände.

daß der damalige gemeine Prozeß eine Verbildung des kanonisch-germanischen, der französische Proceß aber eine — allerdings in manchen Punkten etwas formalistische und ungenügende — Fortbildung des kanonischen Processes war. Hätte man die beiden Processe in solcher Weise als die Sprößlinge derselben Mutter entwickelt, so daß der kanonische Proceß als die Grundlage und derjenige Proceß, welchen der Zuhörer künftig zu üben hatte, als das specifische Kulturerzeugniß behandelt wurde, dann wäre der Vorwurf von selbst zurückgeplazt.

Um nur an einem Punkte den unglückseligen Einfluß dieses Zustandes zu zeigen, genügt es, auf die Immaterialgüterrechte zu verweisen. Während die anderen großen Kulturvölker sich mit der Theorie des geistigen Eigenthums behalfen und auf Grund derselben die hauptsächlichsten Bedürfnisse der Praxis befriedigten, fuhr die deutsche Theorie mit zerstörender Schärfe über den Begriff des geistigen Eigenthums, und als dieses in Theorie zersetzt war, folgte die Praxis und negirte, daß ein Rechtsschutz bestehe; mit der negativen Theorie hatte auch in der Praxis für das sog. geistige Eigenthum die Stunde geschlagen; und ebenso auf anderen Gebieten [8]). Anstatt daß die Praxis ihrem Rechtsinstinkte nachgab und es der Theorie überließ, sich zurecht zu finden, glaubte man, wenn die Theorie im Momente mit der Sache nicht fertig werde, auch in Praxis

8) Viel zu wenig wird in Deutschland von der richtigen Analogiebildung Gebrauch gemacht. Bereits anderwärts (Grünhuts Z. XIII S. 52) habe ich darauf hingewiesen, daß die Analogiebildung eine Bildung aus den Principien heraus ist, wobei oftmals das Princip mehr gefühlt als klar gedacht ist. Ich freue mich, zur Bestätigung dieser durchaus nicht allgemein anerkannten Aufstellung neuerdings auf Rabier, Leçons de philosophie II p. 249 verweisen zu können: L'analogie procède du général au particulier: elle est une déduction appuyée sur une inférence inductive préalable. Vgl. auch ib. II p. 82 f.

die Materie verwerfen zu müssen; aber hat man je ein Musikstück verworfen, weil es der Theorie nicht geglückt war, seinen Gehalt zu analysiren und ästhetisch festzusetzen? — oder wenn man es gethan hat, war es sicher nicht der richtige Weg [9]).

Aber dieselbe negative Richtung hat auch die theoretische Dogmatik vielfach zur Sterilität geführt. Andere Nationen theoretisirten, soweit sie überhaupt theoretisiren, ohne über die Bestimmungen und Ziele der Theorie sich weitere Scrupel zu machen; sie thaten es wenigstens in den meisten Fällen. In Deutschland theoretisirt man weiter über die Zwecke und Ziele der Wissenschaft, und wenn man gefunden hat, daß der Wissenschaft keine Schöpfergabe zukomme, so sucht man diesen Fund sofort in die Wirklichkeit umzusetzen; jetzt genügt der Nachweis nicht mehr, daß die Jurisprudenz aller Nationen schöpferisch gearbeitet hat, es bleibt dabei, daß die Rechtswissenschaft keine

---

9) Ein Beispiel unrichtiger Interpretation bietet das reichsgerichtliche Urtheil 28/4 1882, Entsch. in Civ.Sachen VII S. 62 f. Nichts ist sicherer, als daß, wenn zwei Patente verschiedenen Personen für dieselbe Erfindung ertheilt worden sind, das Patent desjenigen, welcher zuerst angemeldet hat, gültig und allein gültig ist (§ 3 des Patentgesetzes); das andere Patent ist daher nichtig; ist es aber nichtig, so muß auch das Mittel der Constatirung der Nichtigkeit in Anwendung kommen können, und dieses Mittel ist die Nichtigkeitsklage. Nichtsdestoweniger hat das Reichsgericht hier die Nichtigkeitsklage abgewiesen, weil dieser Fall nicht in § 10 des Patentgesetzes erwähnt werde. Allein die Nichterwähnung wäre nur dann ein Grund, wenn jede extensive Interpretation versagt wäre. In dieser Beziehung wird zwar geltend gemacht, daß das Nichtigkeitsverfahren in den Motiven als Ausnahmeverfahren bezeichnet werde: die Vorarbeiten haben aber keine bestimmende Bedeutung, nur das Gesetz ist maßgebend. Nun liegt aber ein Grund, das naturgemäße Verfahren der Nichtigkeitserklärung auszuschließen, überall nicht vor; und daß das Gesetz richtiger gefaßt sein könnte, ist kein Grund für die Interpretation, hinter der unrichtigen Fassung das richtige Princip zu entdecken. Wenn daher das Reichsgericht sagt, daß eine solche Anwendung der Nichtigkeitsklage nicht mehr eine Auslegung, sondern eine Ergänzung und Aenderung des Gesetzes wäre, so ist dies ebenso unrichtig, als ob jede extensive Interpretation eine Aenderung des Gesetzes involvirte.

schöpferische Funktion habe, und auf den schöpferischen Bestrebungen liegt sofort der Geist der Verneinung und die Kälte der Skeptik.

Bei dieser Sachlage ist der wissenschaftliche Nachweis der schöpferischen Aufgabe der Jurisprudenz ganz besonders nothwendig; eine unrichtige Theorie, welche bei anderen Völkern wie eine unschädliche Hülle abgestreift wird, haftet bei uns wie eine Fessel, von welcher wir uns mit Kraft zu lösen haben.

II.

Auf die schöpferische Natur der wissenschaftlichen Thätigkeit habe ich bereits in meiner Abhandlung über die Interpretation der Gesetze aufmerksam gemacht. Ich habe dargelegt, daß die Gesetze die Rechtsprinzipien [10]) geben, daß aber die weitere Entwicklung rechtlicher Gestaltungen aus diesen Principien nicht mehr Auslegung, sondern Neubildung und schöpferische Thätigkeit der Jurisprudenz sei [11]). Hiergegen hat Hölder (Pandekten I S. 50. 51) geltend gemacht, daß nichts sicherer sei, „als daß die unmittelbaren Consequenzen eines Satzes diesem selbst gegenüber nichts Neues sind". Allerdings ist nichts sicherer als dieses; ebenso ist aber auch nichts sicherer, als daß dieses meine Aufstellungen nicht im mindesten trifft. Denn die von der Jurisprudenz aus den Prinzipien geschaffenen Gebilde verhalten sich zu den Prinzipien durchaus nicht wie

10) Daß die Rechtsprincipien nicht ein und für allemal feststehende Normen sind, daß sie Zeitprodukte sind und zwar sociologische Zeitprodukte, welche in der Zeit entstehen und vergehen, bedarf heutzutage keiner Ausführung mehr; soweit scheint die historische Auffassung nun doch wohl durchgedrungen zu sein; über den Unterschied zwischen Rechtsprincip und Gesetz (im Sinne eines Naturgesetzes des Rechts) aber vgl. auch Muromtzeff, Was heißt Rechtsdogmatik? (Uebers. v. Esmarch 1885) S. 19 f. Vgl. auch unten S. 290 f.

11) In Grünhuts Zeitschrift XIII S. 48 f.

der Schlußsatz zum Obersatz, wie die logische Consequenz zum Grunde; es ist nicht so, als ob sie wie ein Faden aus dem Princip herausgespult, wie ein Band aus der Kapsel ans Tageslicht gezogen würden [12]). Vielmehr verhalten sie sich zum Princip, wie die Blätter, Blüthen und Früchte sich zum Keime verhalten, wie die chemischen Compositionen zu den in den Elementen liegenden Urkräften. In Adam lag der organische Urkeim für alle künftigen Geschlechter, und doch wäre in Adam auch bei der sorgfältigsten Analyse kein Göthe und kein Rafael zu entdecken gewesen. Ebenso sind die in dem Gesetze enthaltenen Principien organisch-dynamische Mächte, welche, in die menschlichen Lebensverhältnisse eingeführt, gestaltend wirken können [13]). Wie es nun Sache des chemischen Forschers ist, durch richtige Vereinigung von chemischen Stoffen neue Verbindungen herzustellen, und wie gerade die erfinderische Kraft darin beruht, daß derselbe aus der Unzahl der Möglichkeiten solche Combinationen wählt, aus welchen neue fruchtbare Gebilde hervorzugehen scheinen: so ist es Sache des dogmatischen Juristen, ein Princip in die Fülle der Lebensverhältnisse einzutauchen und ihm gerade diejenigen Verhältnisse zu nähern, in welchen das Prinzip seine interessantesten Bildungen zu Stande bringt. Darum ist es der Jurist und nicht etwa der

12) Diese unrichtige Anschauung ist mit der größten Schärfe ausgesprochen bei Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht S. 141 f. 148 f. Es ist daher unrichtig, wenn Thöl ib. S. 141 ausführt: „Wenn das Princip gefunden ist, so sind die einzelnen Rechtssätze entbehrlich, da sie nur Anwendungen, Consequenzen, desselben sind; sie sind Entscheidungen nach dem Princip, das Princip verhält sich zu ihnen wie der Entscheidungsgrund zur Entscheidung.“ Da wäre es wohl gerathen, die Pandekten auf drei Seiten zu reduciren.

13) Ueber die schöpferische Thätigkeit der Jurisprudenz vgl. auch Muromtzeff (Esmarch) S. 25 f. Ancelot in der Revue critique de Législation et de Jurispr. XXI p. 490 sagt von dem Richter: il ne refait pas . . . la loi, mais il en diversifie l'application.

philosophische Logiker, welcher aus den Prinzipien Neubildungen zu schaffen vermag, und es unterscheidet die Kraft dieser Neugestaltungen den wahren Juristen von demjenigen, der eher für Mathematik oder für die Geschichte der Logik geschaffen ist. So entfalten sich aus den Keimen, welche in den Prinzipien liegen, Blüthen und Früchte; aus zwei Sätzen eines Gesetzbuches entwickelt sich eine ganze Wissenschaft. Das ist die schöpferische Kraft der Jurisprudenz. Es ist dieselbe Kraft wie die des Musikers, welcher aus einem viertaktigen Motiv einen ganzen Symphoniesatz zu entwickeln weiß; je reicher sein musikalisches Seelenleben, desto reichere Bildungen werden dem treibenden Keime entsprießen.

Daher kann nur derjenige dogmatisch aufbauend wirken, welcher, aus dem Leben herausgreifend, sich Fälle und Hypothesen zu ersinnen weiß, in welche das Prinzip einschlagen, wo es fruchtbar wirken kann [14]). Uebrigens haben uns schon die römischen Juristen durch ihr mehr instinktives Wirken vorgearbeitet und reichliche Materialien geboten; reichliche Materialien liefert die Praxis — diese Materialien richtig mit den Prinzipien in Verbindung zu bringen, wird höchste Förderung bieten: aus dieser Combination werden ungeahnte neue rechtliche Gebilde entstehen. Treffend bemerkt Ancelot, Revue critique de législation et de jurisprudence XXI p. 494: „Les études abstraites qui sont la gloire de l'école ont besoin d'une lumière venue du dehors, de celle que réfléchissent incessamment les mille et mille aspects de la scène du monde. Devant ceux, qu'elle éclaire, s'évanouissent comme l'ombre bien des perplexités subtiles qui agitent la pensée solitaire."

---

14) Im Gegensatz zu unfruchtbaren Schulbeispielen und Schulcontroversen.

Daß dieses Wirken der Jurisprudenz ein schöpferisches ist, geht schon aus der einfachen Thatsache hervor, daß dieselben Principien, in veränderte Lebensverhältnisse übertragen, ganz anders wirken und ganz andere Gebilde reifen werden. Oder sollte man wirklich glauben, daß die römischen Principien auf dem Gebiete unseres Handelsverkehres in derselben Weise operiren können, wie im römischen Reiche? Und noch mehr würde die Discrepanz hervortreten, wenn die heutige Verkehrswelt nicht mit der römischen so viele Berührungspunkte aufwiese. Mit jeder großen Neuerung im Verkehrswesen entstehen neue Hypothesen, in welchen die Principien neue Gestaltungen treiben[15]). Wie sehr ist nicht die Lehre vom Vertragsschluß bereichert worden seit der Erfindung des Telegraphen und des Telephons[16])? Die Fabrikarbeit hat Verhältnisse herbeigeführt, in welchen der Gedanke der Specification und die Idee der Verantwortlichkeit für culpa ganz neue Früchte tragen[17]); die actio doli entfaltet ganz neue Gebilde, wenn man die unendlich vielen Entstellungsmittel und die proteusartigen Ungestalten der unredlichen Concurrenz ins Auge faßt[18]), welche der Verkehr in der neueren Zeit hervorgebracht hat[19]).

---

15) Vgl. auch Bülow, Gesetz und Richteramt S. 30 f.

16) Ist der Vertrag durch den Telegraphen ein schriftlicher Vertrag, vgl. Meili, Telegraphenrecht S. 61 f., Telephonrecht S. 270 f.)? Ist der Vertrag durch das Telephon ein Vertrag unter Anwesenden (vgl. Meili, Telephonrecht S. 199 f., Gabba, Vidari, Norsa)? Wie verhält es sich mit der Entschädigung wegen Irrungen (Meili, Telephonrecht S. 204 f. Rousseau, Correspondance par lettres missives et télégrammes p. 77 f.)? Haftet die Telegraphenanstalt in der Art eines common carrier? u. s. w.

17) Man vgl. bezüglich des letzteren die neuerlichen Arbeiten von Sainctelette, Chironi, Mazzola, Drucker u. a., die Jurisprudenz in der Belgique Judic. t. 45 p. 146 f. u. a.

18) Man vgl. die Ausführungen über die concurrence déloyale in meinem Rechte des Markenschutzes S. 77 f. 107 f. 132 f.

19) Treffend bemerkt daher auch Muromtzeff (Esmarch) S. 26: „Je weniger ein Jurist sein Schaffen auf die speciell-juridische

Das Gesagte erklärt nun auch vollkommen, warum die Jurisprudenz nicht nur eine Wissenschaft, sondern auch eine Kunst ist[20]); sie ist eine Kunst insofern, als sie schöpferisch wirkt wie die Kunst; sie ist aber auch darum eine Kunst, weil sie die Gabe des Bildens, des Aufbauens, des Construirens verlangt. Darum spricht man von einer **elegantia juris**, sofern der Jurist ein bedeutungsvolles durchgeistigtes Resultat zu Stande bringt; denn die Eleganz besteht in der Durchgeistigung des Materiellen[21]). Die Jurisprudenz ist auch darum eine Kunst, weil die Phantasie, welche dem Künstler eine Unzahl von Bildern des Lebens vor Augen führt, auch dem Juristen eine Fülle von Lebenserscheinungen vor das geistige Auge bringt: in welchen er seine Prinzipien versenken kann. Wie reich ist das Leben und wie herrlich die bildende Arbeit, welche des Juristen harrt!

Allerdings bedarf es neben der schöpferischen Thätigkeit auch der kritischen[22]). Die Kritik hat zu erproben, ob es sich

---

Sphäre beschränkt, d. h. auf die Sphäre der bereits fertigen und allgemein anerkannten Ideen, um so größer wird seine Originalität und seine Fruchtbarkeit sein."

20) Daher der große Celsus: jus est ars boni et aequi (fr. 1 pr. de just. et jure) — ein Satz, der, wie er den Anfang der Digesten bildet, auch der Eckstein eines jeden Rechtsstudiums sein sollte.

21) Man betrachte nur die Stellen, wo die Römer von eleganter ait, eleganter definit oder quaerit und Aehnlichem sprechen; es wird sich stets um ein treffendes Resultat handeln — oder mindestens um ein solches, welches die Römer dafür halten. Man vgl. beispielsweise fr. 7 § 10 de pact. (Labeo), fr. 52 § 7 de leg. III (Nerva), fr. 18 § 4 fam. herc., fr. 9 (10) § 1 de neg. gest. (Celsus), fr. 1 § 3 de usufr. adcr. (Celsus und Julianus), fr. 2 § 5 de jud., fr. 21 § 1 de evict. (Julianus), fr. 1 § 33 depos. (apud Julianum quaeritur), fr. 9 § 1 quod. met. causa, fr. 14 § 1 sol. matr. (Pomponius) u. s. w. Auch den wunderbaren Satz des Celsus: jus est ars boni et aequi führt Ulpian mit den Worten ein: ut eleganter Celsus definit (fr. 1 pr. de just. et jure).

22) Vgl. auch Jhering, Geist des Röm. Rechts II S. 371 f.

um lebensfähige Gestalten, oder um unfruchtbare Zerrbilder handelt; und diese Probe ist zu machen, indem man die Erzeugnisse des Juristen mit der Zweckbestimmnug des Principes, mit seinem internen Bestreben, mit seiner Entwicklungstendenz vergleicht: Resultate, welche dieser widersprechen, sind Kinder, welche ihre Mutter verleugnen; sie können bald in den Abgrund des Vergessens zurückkehren. Ebenso hat man zu untersuchen, ob das Erzeugniß nicht anderen Principien widerspricht. Man hat es endlich mit den übrigen Erzeugnissen zusammenzustellen und darnach zu erproben, ob es im Kreise des Rechtssystems bestehen kann oder nicht. Dabei wird sich oftmals das Schauspiel entwickeln, daß ein Erzeugniß zeitweise seine Dienste thut; dann aber von einem vollkommeneren verdrängt wird — es gibt auch hier nichts Absolutes; ebensowenig als ein Mensch die Idee seiner Gattung völlig erfüllen kann, ebensowenig seine Produktionen: es wird die Zeit kommen, wo die eine Construction einer vollkommeneren weicht; es sei darum, Niemand wird sich vermessen, für die Ewigkeit zu bauen. Für immer kann nur ein Sieg über eine unvollkommenere Gestaltung bestehen; was an ihre Stelle tritt, ist, wie alles irdische, der Vergänglichkeit unterworfen [23]).

Allerdings steht neben der gestaltenden und der kritischen Thätigkeit des Juristen die erkennende: der Jurist hat nicht nur Gebilde zu schaffen, er hat sie nach allen Seiten hin zu erforschen, er hat zu erforschen die Gebilde an sich und hat sie zu erforschen in ihrem Verhältniß zu anderen Gebilden. Er gleicht dem Chemiker, welcher neue Combinationen schafft und diese erforscht, er gleicht dem Botaniker, der, nachdem er neue Specien gezüchtet, die Natur der Neubildungen darlegt — Schaffen

---

23) Vgl. auch meine Bemerkung in der Krit. Vierteljahrsschrift N. F. IV S. 34 f.

und Forschen, das ist die erhebende Doppelthätigkeit des dogmatischen Juristen; und darum hat das Studium der Jurisprudenz einen doppelten Reiz: es gewährt den Reiz der Kunst und den Reiz der Wissenschaft zugleich — den letzteren deßhalb, weil es uns großartige Probleme des Erkennens bietet, welche mit dem Wesen und der Bestimmung der Menschheit zusammenhängen; den ersteren deßhalb, weil der Jurist es mit dem Gestalten unsinnlicher und doch realer Ideen zu thun hat: daher gilt der Satz, daß dem Menschen allein die Kunst beschieden ist, auch von der Jurisprudenz. Geister, denen bloß erkennendes Vermögen zu Theil geworden ist, können niemals große Juristen werden; nur in der That, nur im Leben und nur in der geistigen Umbildung des Lebens entzündet sich die Fackel des Rechts[24]).

III.

Bereits an anderer Stelle wurde dargelegt, daß der Rechtswissenschaft neben der Gestaltung aus den gesetzlichen Principien noch andere Aufgaben harren[25]). Es gibt Gebiete, wo es nicht nur an Rechtsgebilden, wo es auch an Principien fehlt, Gebiete, über welche weder Gesetz noch Gewohnheitsrecht befruchtend hinübergezogen sind. Hier ist es Sache der Jurisprudenz, nicht nur aus den Principien zu schaffen, hier ist es ihre Sache, die Principien selbst zu bilden; hier ist es ihre Aufgabe, aus den gegebenen Urstoffen den Organismus des Rechtsprincipes selbst zu gestalten; hier hat die Jurisprudenz die Keimzelle selbst zu erzeugen, aus welcher künftig die neuen rechtlichen Schöpfungen erstehen sollen. Der Sprung

24) Vgl. meinen Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S. 258.

25) Vgl. meine Abhandl. über die Interpretation der Gesetze in Grünhuts Z. XIII S. 57 f.

vom Unorganischen zum Organischen wird hier vollbracht: aus den bloßen Postulaten des Lebens, welche räthselhaft verlangend uns entgegenstarren, wird ein fruchtbarer Rechtskeim gebildet; aus den Tendenzen des ethisch-socialen Verkehres, also aus den Elementen, aus welchen das Recht sich aufbaut[26]), ist eine von diesen Elementen qualitativ verschiedene Schöpfung geworden: es ist ein Rechtsprincip entstanden, welches seinen eigenen Bildungsgang zu durchleben vermag, welches selbstständig seine Blüthen und Früchte treibt. Doch dies bedarf einer weiteren Ausführung nicht; in solchem Falle ist die produktive Kraft der Jurisprudenz über alle Zweifel erhaben. Könnte man noch daran zweifeln, ob es Produktion ist, wenn der Gärtner seine Blumen zeitigt, so wäre es ohne Zweifel Produktion, wenn es gelänge, durch chemische Composition aus Urstoffen den Keim zu neuen Zierpflanzen zu bilden.

IV.

Ebensowenig kann ein Zweifel an der schöpferischen Qualification der Jurisprudenz bestehen, sofern dieselbe gesetzliche Principien verwandelt und kraft der duplex interpretatio an Stelle des alten Rechts ein neues setzt, wobei sie sich mit den Worten des Gesetzes mehr oder minder befriedigend abfindet. Eine solche Thätigkeit ist schöpferisch — sie ist destructiv, allein auf dem Grabe des Vergangenen pflanzt sie siegreich die Fahne

26) Brocher de la Fléchère, Revue de droit internat. XVII p. 314 spricht von dem motifs du droit, von den besoins qu'il est appelé à satisfaire, den moyens dont il dispose und den obstacles qu'il rencontre: „Ce sont ces divers éléments que j'ai appelés les principes naturels du droit“ — allein man muß immer festhalten, daß diese Elemente in der speciellen Kulturwelt begründet sind und daß jede Kultur ihren eigenen Rechtsboden bereitet. Ein allgemeines Naturrecht für alle Länder und Zeiten gibt es nicht; der Buschmann will ein anderes Recht als der Germane.

der Neuzeit auf — in der Umbildung des Alten bewährt sich die Kraft des Neuen.

Eine solche schöpferische Thätigkeit war die That der Porzia, als sie den Bann des alten Schuldrechts brach, wie die That der Hindus, der Islamiten, der mittelalterlichen Deutschen, als sie ein altes Recht allmählich aus den Angeln hoben und eine neue Aera des Rechtslebens begründeten. Hier die schöpferische That der Jurisprudenz verkennen, heißt eine Bildungsweise des Rechts verkennen, welche sich bei allen Völkern entfaltete[27]), bei allen Völkern, die überhaupt einen Rechtsfortschritt zu entwickeln vermochten.

Kein Kulturrecht ist immobil und keine Rechtssprechung kann sich im Fortschritte der Zeit auf ihrem Standpunkt halten; selbst in China läßt sich ein solcher Fortschritt verspüren — die Art, wie man den Confutse auslegte, hat mit der Zeit gewechselt[28]); und was die indischen, was die islamitischen, was die keltischen, was die römischen Juristen in dieser Beziehung geleistet haben, liegt klar vor Augen[29]).

Uebrigens ist es nicht nöthig, so weit zu greifen; auch in modernen Tagen werden Rechtssätze durch die Rechtssprechung

---

27) Vgl. meinen Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S. 87 f., meine Abhandlung in der Z. f. vgl. Rechtswissenschaft V S. 324 f.

28) Vgl. mein chinesisches Strafrecht S. 13 Note 1.

29) Bentham, Traité de législation (par Dumont) I p. 244, schildert diese Entwickelung ziemlich richtig, wenn er auch, in verkehrten Anschauungen befangen, sie bekämpft: Si les lois ne sont plus en harmonie avec les lumières d'un peuple, si les lois d'un siècle barbare ne sont point changées dans un siècle de civilisation, les tribunaux s'éloignent peu à peu des anciens principes et substituent insensiblement des maximes nouvelles. Il en résulte une espèce de combat entre la loi qui vieillit et l'usage qui s'introduit — —. Von den römischen Juristen sagt er: interpréter une loi dans le sens des juristes romains c'est se refuser à l'intention qu'elle exprime clairement pour lui en substituer quelque autre, en présumant que ce nouveau sens serait l'intention actuelle du législateur.

antiquirt, und der Geist der Reform dringt durch alle Ritzen des Rechtslebens. Um nur ein eklatantes Beispiel zu nennen, erinnere ich an die Art, wie es der französischen und italienischen Jurisprudenz gelungen ist, den Satz von dem Verbot der Recherche de la paternité einzuengen. Ursprünglich galt jeder Deflorationsanspruch als ausgeschlossen; aber die Praxis ging darüber hinweg, sie hat sich geholfen, indem sie den a. 1382 Cod. civil ins Treffen brachte: der Verführer begeht ein Unrecht an der Verführten, und dieses verpflichtet ihn zum Schadenersatz. Allerdings verlangt die Jurisprudenz wirkliche Verführung, also eine gesteigerte Initiative des männlichen Geschlechts; wird aber dieses Moment laxer gefaßt, so ist das begrabene Deflorationsrecht wieder erstanden. Das allmähliche Heranwachsen und Erstarken der französischen Jurisprudenz, wie es seiner Zeit Puchelt in der Zeitschrift f. franz. Civilrecht II S. 336 f. dargestellt hat, ist besonders belehrend [30]). Es waren ganz besonders eklatante Fälle, welche der Jurisprudenz das Signal gaben, hier einen Schritt weiter zu gehen: Fälle, wo ein gereifter Mann ein ganz jugendliches unschuldiges Mädchen ins Verderben stürzte, Fälle des schreienden Mißbrauches der Autorität, Fälle, wo hinterlistige Kunstgriffe, arglistiges Eheversprechen und anderes die Verführung als besonders gravirend erscheinen ließ. War man einmal soweit, so mußte sich nothwendig die Frage erheben, ob denn nicht auch die Folgen der Geschlechtsverbindung in Betracht kämen — die naturales und adulterini — waren sie doch indirekte Folgen der Verführung. Hier scheint aber der a. 340: La recherche de la paternité est interdite eine unübersteigliche Schranke zu bilden. Werden die Kinder berücksichtigt, so werden

30) Ueber die französische Jurisprudenz vgl. auch die Allegate in der Entsch. des Oberst. Gerichtsh. München 30/5. 1884, vgl. mit Reichsgericht 1/11. 1884, Z. f. franz. C. R. XVI S. 114 f. 574.

sie berücksichtigt, weil der Verführer ihr natürlicher Vater ist, und wer dem Verführer mit Rücksicht auf diese Kinder eine Verpflichtung auferlegt, der thut es, weil er ihn für ihren Vater hält, der forscht daher der Vaterschaft nach. Das Argument scheint unwiderleglich, und doch hat sich die Jurisprudenz darüber hinweggesetzt. Der Gedankengang derselben läßt sich ziemlich deutlich reconstruiren. Zunächst verschlimmert jeder Verführer die Lebenslage seines Opfers, indem er ihm eine Reihe vielleicht blühender Lebenswege abschneidet und es oftmals dem Elend und Verderben preisgibt; daher Entschädigung für dommage matériel — Entschädigung auch für dommage moral. Die Lage, welche die Unglückliche trifft, drückt sie um so schlimmer, wenn sie für andre Personen zu sorgen hat — für Eltern, für Geschwister — für Kinder: die Unglückliche, welche ihre Kinder versorgen muß, wird durch das Elend doppelt und dreifach getroffen, sie ist in einer viel schlimmeren Position, als wenn sie lediglich über den Verlust ihrer Jungfernschaft trauerte. Wer der Vater dieser Kinder ist, kommt zunächst nicht in Betracht; sie hat sie zu ernähren, und diese Pflicht ist durch die Lage, welche der Verführer geschaffen hat, erschwert, — die Entschädigung des Verführers richtet sich ja nicht nach einem abstracten Maßstab, sondern nach den individuellen Verhältnissen, und in besonders schlimmem Verhältnisse steht eine Frauensperson, welche nicht nur für sich, sondern auch für andere — für ganz besonders hülflose Wesen zu sorgen hat. Heißt es nun der Vaterschaft nachforschen, wenn man einen elenden Verführer zu 10,000 Frs. verurtheilt, welcher durch hinterlistige Kunstgriffe ein jugendliches Mädchen zu Fall gebracht hat? Heißt es der Vaterschaft nachforschen, wenn man bei Bemessung der Entschädigung die Vermögenslage der Verführten in Betracht zieht? Wenn man in Betracht zieht, daß dieselbe nicht nur sich selbst, sondern einen Bruder — — oder

gar ein Kind ernähren muß? Hat sie für das Kind zu sorgen, weil der Verführer sein Vater ist? Sie hat zu sorgen kraft ihrer Maternität und dadurch ist sie in einer besonders hülfsbedürftigen Lage; bei der Bemessung der Entschädigungshöhe aber darf, ja muß der Grad der Hülfsbedürftigkeit in Betracht gezogen werden. So das an sich unwiderlegliche Argument [31]). Ich müßte mich aber sehr irren, wenn bei solcher Argumentation nicht der Umstand, daß das Kind aus der Verführung entstanden ist, daß es der Verführung sein Leben verdankt — oder vielmehr daß die Verführte das Kind der Verführung verdankt, bei der richterlichen Beurtheilung im Hintergrunde der Betrachtung stehen würde: dieser „unbewußte" Gedanke wird den Richter unmerklich beeinflussen, er wird bei ihm immer festeren Boden fassen, bis endlich der Richter zu der planen Erklärung gelangt, daß allerdings die Kinder als die Folgen des Geschlechtsumganges und damit als die Folgen der Verführung in Betracht kommen; daß die Entschädigung deßhalb höher zu bemessen ist — nicht weil die Verführung die Ernährungspflicht bezüglich der Kinder erschwert, sondern weil die Verführung zum Dasein der Kinder geführt und dadurch die Ernährungspflicht der Mutter begründet hat. So kommt man dazu, daß die Entschädigung nach Maßgabe der Bedürfnisse der Kinder festgesetzt, daß sie gar in einer auf das Leben der Kinder gestellten Rente fixirt wird. Damit ist immerhin der a. 340 nicht verletzt — denn eine directe Relation zwischen dem Verführer und dem Kinde wird dadurch nicht hergestellt: der Vater bleibt den natürlichen Kindern fern, er gilt rechtlich nicht als Vater, sondern als Veranlasser des der

31) Es ist unwiderleglich in thesi. Natürlich könnte man erwidern, daß die Kinder der Verführung nachgefolgt sind, daß man dem Verführer keine Kinder auf die Rechnung setzen kann, welche die Frauensperson nach der Verführung von anderen concipirt u. s. w.

Verführten durch die Verführung und ihre Folgen zugestoßenen Schadens; er steht in Relation lediglich zur Mutter — der a. 340 ist nicht verletzt, aber er ist umgangen, der Zweck des Artikels ist untergraben: der a. 340 „macht" nicht mehr „alles wieder gut". Die recherche de la paternité findet statt — nicht direkt, wohl aber indirekt; nicht zum Zwecke der juristischen Vaterschaftsfeststellung, wohl aber zum Zwecke der Bemessung des Verführungsschadens [32]); wobei allerdings vorausgesetzt wird, daß eine wirkliche Verführung vorliegt, daß nicht etwa das Weib sich spontan dem Manne in die Arme wirft oder ihn gar seinerseits verführt — aber die Initiative wird in den meisten Fällen bei dem männlichen Geschlechte liegen, und so läßt sich in sehr vielen Fällen eine Entschädigungspflicht begründen.

Würde allerdings der Napoleonische Grundsatz des a. 340, dieser Grundsatz aus der Consulat- und Empirezeit [33]), noch lebendig in uns walten, würde das Princip, welches damals die Gesetzeswelt bewegte, in unserem Innern einen vollen Widerhall finden — die ganze Entwickelung wäre zurückgeprallt [34]), und man hätte einstimmig entgegnet, daß jede Prüfung des Causalconnexes zwischen Verführung und Kindergeburt dem gesetzlichen Satze widerspreche; man hätte gesagt, daß die Frauensperson, welche natürliche Kinder hat, die Folgen ihres eigenen Fehltrittes büßen muß und auch nicht indirekt

---

32) Dadurch hat die Jurisprudenz das Rechtsleben aus einer schlimmen Situation gerettet; es soll dem Manne nicht erlaubt sein, ungestraft die Schwäche einer Frau zu mißbrauchen. In sehr drastischer Weise spricht sich darüber aus Acollas, Manuel de droit civil I p. 354.

33) Es war Bonaparte, welcher die Worte aussprach: La société n'a pas intérêt à ce que les bâtards soient reconnus!

34) Vgl. auch über das Verhalten der Jurisprudenz zu den Umgehungsoperationen meine Pfandrechtl. Forschungen S. 164.

auf den Verführer zurückwerfen darf u. s. w. — aber diese Einwände sind nicht zur Herrschaft gelangt, denn die ganze Anschauungsweise jener Zeit, aus welcher der a 340 stammt, ist unterhöhlt,[35]) und das heutige Zeitbewußtsein dringt überall durch, wo das Recht einen Zugang zu bieten vermag — diesen Zugang bot der berühmte a. 1382 — ohne diesen Artikel wäre die heutige französische Jurisprudenz nicht denkbar. Daß der Code civil solche Artikel aufweist, welche dem wechselnden Zeitbewußtsein Raum geben, ist sein größter Ruhm; diesem Umstand hat er vorzüglich seine mächtige Lebenskraft zu verdanken[36]).

Das Wachsen der Jurisprudenz in dieser Frage bis Ende der 60er Jahre ergibt sich aus dem erwähnten Referat Puchelts (v. 1872) von selbst[37]); aber auch seither hat die Jurisprudenz nicht aufgehört, diese Wege zu wandeln. Der Appelhof Nîmes 21/12 1875, Dalloz, Jurispr. gén. Recueil Périodique 1876 II p. 206 sagt: le maître qui abuse des facilités que lui donnent sa qualité et son ascendant sur sa domestique pour l'amener à des complaisances coupables, suivies d'une grossesse et d'un accouchement, lui cause un dommage dont il doit la réparation.

35) Vgl. über den Satz neuerdings auch Fockema Andreae im Rechtsgeleerd Magazijn V S. 433 f. 453 f. 458 f.

36) Man kann hiernach ermessen, wie richtig jene Kritiker geurtheilt haben, welche den a. 1382 wegen seiner Vagheit tadelten. In den Händen einer inferioren Jurisprudenz hätte er allerdings zum Verderben ausschlagen können; das aber hatte man in Frankreich nicht zu fürchten.

37) Merlin Répertoire v. Fornication § II no. 2 nimmt noch an, daß eine Entschädigung nur begründet sei im Falle der Vergewaltigung und im Falle des gebrochenen Eheversprechens, sonst wäre kein délit caractérisé par les lois vorhanden; et si l'on peut dire qu'il y a un quasi-délit, on peut dire aussi que la faute qui le constitue existe de la part dc la femme tout aussi bien que de la part de l'homme.

Der Appelhof Bourges 28/5 1879, Dalloz ib. 1880 II p. 111, verurtheilt den Verführer, indem er in meisterhafter Weise die Elemente wiedergiebt, welche die Lage der Frauensperson charakterisiren: son isolement, la disposition des lieux, son état de dépendance, sa situation d'orpheline, les démarches qui avaient été faites par B. pour la retenir, lui permettaient difficilement de se soustraire à l'ascendant moral de son maître et de s'opposer à l'accomplissement de ses désirs (ib. p. 112). Bei der Bemessung der Entschädigungshöhe wird berücksichtigt, daß die Klägerin sich — und ihr Kind zu erhalten hat. Zwei neuere Entscheidungen betonen allerdings, daß eine wirkliche Verführung vorliegen muß; aber man muß auch die Fälle ins Auge fassen, über welche sich die Jurisprudenz zu äußern hatte.

So wird in der abweisenden Entscheidung des Appelhofs Bourges v. 6/6 1881, Dalloz ib. 1882 II p. 117. 118, allerdings hervorgehoben, que tout porte à croire que les deux jeunes gens, obéissant aux entraînements de leur âge et de leur sexe, ont exercé l'un sur l'autre une séduction mutuelle et se sont livrés volontairement l'un à l'autre — aber der Thäter war ein 18jähriger junger Mensch; und wenn in der Entscheidung des Appelhofs Amiens 1/12 1881, ib. 1882 II p. 118. 119, bemerkt wird: qu'il n'est nullement démontré que L. ait obtenu les premières faveurs de la demoiselle D. à l'aide d'artifices ayant le caractère de manoeuvres dolosives, so war die Sachlage für die Klage nicht besonders günstig gelagert.

Zu erwähnen ist noch ein Urtheil des Tribunals Lille v. 10/3 1882 Dalloz, ib. 1885 V p. 414, worin ausgedrückt ist, daß die Verführte, welcher die Ehe versprochen war, tant un préjudice matériel qu'un préjudice moral erleide, welchen der Verführer zu ersetzen habe.

Dieser Jurisprudenz hat es natürlich nicht an Gegnern gefehlt, und einer der eifrigsten war der berühmte Advocat **Bertauld**.

In einer Consultation für eine Rechtssache in Caen und in der Revue critique de Législat. et de Jurisprud. XXI p. 1 f. erhob er sich mit Energie gegen diese Rechtsübung; die Gesetzgeber des Code, die Bigot, Duveyrier, Leharry werde angerufen, die Ideen eines Montesquieu, eines Beccaria, Filangieri kommen ins Treffen. Der vortreffliche Autor spricht von Frauen, welche veulent faire nourrir, pensionner, doter leur postérité par des hommes qu'elles n'appellent pas **pères**, mais **auteurs de dommage** .... elles ne recherchent pas, disent-elles, la paternité, elles en déduisent les conséquences en sous = entendant la cause (Revue crit. XXI p. 5). Und damit verbindet derselbe einige Bemerkungen über das Verhältniß der gesetzgebenden und richterlichen Gewalt, die höchst charakteristischer Art sind: Le pouvoir judiciaire, si dignes que soient les mains dans lesquelles il est en dépôt, est bien trop réparti et présente trop peu de garanties d'unité pour qu'on l'investisse du droit de faire des lois supplémentaires. A quelle incohérence, à quelle confusion, à quel chaos n'aboutiraient pas des inspirations sans règle, fatalement contradictoires et pas toujours suffisamment élevées! La liberté civile est sans cesse menacée, quand le magistrat veut frapper un fait que le silence de la loi absout, puisque la loi-**jugement** est nécessairement rétroactive (Revue critique l. c. p. 4) [38]. Er spricht davon, daß die Geister, welche dieser Tendenz folgen, es thun, ohne daß sie ein Bewußtsein haben de l'empiétement qu'ils

---

38) Die Ausführungen erinnern sehr an die Declamationen **Bentham's**; vgl. unten S. 291 f.

favorisent et des dangers qui peuvent en résulter. Des hommes de bien ont pour eux leur bonne intention, ils croient défendre la société, et — — ils compromettent quelques-uns de ses plus chers intérêts (p. 4)."

Trotz dieser energischen Opposition ist die Jurisprudenz ihre Wege gewandelt und die Theorie hat sich ihr angeschlossen. Vgl. gegen Bertauld den Aufsatz von Ancelot in derselben Revue critique XXI p. 481, sodann Sourdat, Traité de la responsabilité (3me Ed.) I p. 659 f. Letzterer erklärt (p. 668): Ce n'est pas aux enfants que cette indemnité est accordée; c'est à la mère, et par conséquent les règles des successions ne sont pas plus méconnues que celles de la preuve en matière de filiation.

Und der Arretist in Dalloz 1882 II p. 117 Note 1. 2. 3 et 4 besagt: Les tribunaux — en tenant compte, lors de la fixation des dommages = intérêts, de la nécessité où se trouve la fille de nourrir l'enfant, fruit de la séduction, ne commettent-ils pas une violation de l'art. 340 c. civ., qui interdit la recherche de la paternité? En agissant ainsi, ne tranchent-ils pas implicitement la question de filiation? La négative est généralement admise. Les jugements qui allouent une indemnité à la fille séduite ne créent aucun lien entre le séducteur et l'enfant — — —.

Aehnlich verhält es sich mit dem Versprechen, worin der Thäter, um die Folgen seiner Uebelthat abzuschwächen, der Frauensperson nachträglich eine Entschädigung zusagt; ein solches gilt selbst dann, wenn diese Entschädigung nach den Bedürfnissen der Kinder bemessen, auf die Lebenszeit der Kinder gestellt ist. Der a. 334 C. civ. verlangt zwar zur Anerkennung der natürlichen Kinder eine öffentliche Urkunde, und adulterine

und incestuose Kinder können gar nicht anerkannt werden (a. 335). Aber man nimmt an, daß ein Versprechen an die Mutter, obgleich mit Rücksicht auf die Kinder gegeben, eben doch ein Versprechen an die Mutter sei; nur müsse die obligation stets sein souscrite directement envers la femme ellemême (Demolombe, Cours de C. Nap. XX nr. 41)[39]). Selbst ein Versprechen ohne nähere Bezeichnung der Summe wird als giltig erachtet[40]). Nur wird auch bei einem solchen Versprechen vorausgesetzt, daß ein wirkliches Verschulden gegenüber der betreffenden Frauensperson vorliegt, daß die Zusage nicht etwa die Belohnung ist für vergangenes Concubinat, bei welchem die Verfänglichkeit auf beiden Seiten die gleiche war; vgl. Laurent, Principes XVI nr. 154: il se peut que l'homme qui a vécu en concubinage soit le vrai coupable; il est le séducteur, la femme a été trompée; s'il s'engage à réparer ce dommage, l'obligation qu'il contracte sera trèslicite.

Dieselbe Entwickelung läßt sich im italienischen Rechte verfolgen. Dem französischen a. 340 entspricht der a. 189 und dem französischen a. 1382 der a. 1151 des Codice civile: Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno; und die neueste Entwickelung wird markirt durch ein vortreffliches Urtheil des Appelhofs Bologna v. 18/12 1885

39) Denn ein Alimentenversprechen in einer Privaturkunde, welches an das natürliche Kind gerichtet ist, wird (von Demolombe V nr. 426 und Anderen) als nichtig erachtet — da auch eine unvollkommene Anerkennung des Kindes nur in einer öffentlichen Urkunde (a. 334) geschehen könne. Uebrigens steht auch diese Ansicht nicht mehr unerschütterlich fest.

40) Vgl. auch noch Appelhof Nîmes 21/12 und 22/12 1875 bei Dalloz, Rec. Pér. 1876 II p. 206 f. Andere Entscheidungen bei Puchelt a. a. O. S. 348 f. Vgl. auch Rospatt Z. f. franz. C. R. XVI S. 570 f.

(Monitore delle Leggi 1886 p. 238 f.). Auch hier wird ein Entschädigungsanspruch gestattet, wenn Verführungskünste vorliegen, so daß die Lage beider Theile keine gleiche ist; und das Verbot der indagini sulla paternità wird dadurch nicht verletzt, weil quand'anche per sentenza di magistrato si venisse indirettamente a fare indagini sulla paternità — — ciò non potrebbe mai togliere alla donna sedotta il diritto di provare la sofferta seduzione e di chiedere ed ottenere il risarcimento dei danni materiali e morali che per fatto della seduzione stessa a lei personalmente sarebbero derivati (ib. p. 239).

Ich habe mich längere Zeit bei dieser Rechtsmaterie aufgehalten, weil sie uns in völlig drastischer Weise vor Augen führt, wie noch heutzutage die rechtsändernde Kraft der Jurisprudenz wirkt, so daß die Jurisprudenz nicht nur juris civilis adjuvandi und supplendi, sondern auch corrigendi gratia thätig ist.

Einen Punkt allerdings will ich noch betonen, um zum Voraus künftigen Mißverständnissen vorzubeugen; ich thue es — denn an Mißverständnissen meiner Aufstellungen hat es nicht gefehlt, obgleich wohl wenige juristische Schriftsteller mehr als ich nach unzweifelhaftem Ausdrucke der Ideen trachten und mir wohl Niemand Mangel an Darstellungsmitteln vorwerfen wird. Niemand ist ferner davon als ich, es zu billigen, daß die Richter bewußt von dem gesetzlichen Boden abweichen; im Gegentheil, ich dringe darauf, daß sie sich nach Kräften auf dem durch die Gesetzgebung bereiteten Boden des Rechts halten — soweit eben durch die Gesetzgebung dieser Boden bereitet ist[41]). Aber das sage ich, daß es eine ständige historische Er-

---

41) Wo wir in den vorigen Abschnitten von der schöpferischen Kraft der Jurisprudenz sprachen, sprachen wir von ihr, soweit sie sich auf

scheinung, daß es ein unaufhaltsames Entwickelungsgesetz ist, daß die Jurisprudenz unbewußt und allmählich dem Drange des Zeitgeistes nachgibt und ein veraltetes Recht unterhöhlt, bis es endlich zusammenbricht; ich behaupte, daß auch in der Rechtssprechung sich der Geist der Zeit unbewußt und gegen den Willen des Richters fühlbar macht und daß sich innerhalb der Rechtssprechung, welche an sich bestimmt ist, auf dem Boden des Gesetzes zu wirken, eine unbewußte Verschiebung des Rechts vollzieht[42]. Wenn ich daher den gedachten Satz aufstelle, so stelle ich ihn nicht als einen solchen auf, welcher irgend eine Permission, irgend einen Freipaß für den Richter enthielte; ich sage nicht: der Richter soll oder der Richter darf — ich sage: der Richter soll nicht vom Boden des Gesetzes abweichen; unser Satz ist daher kein Satz, welcher irgend welche praktische Anweisung enthielte, denn die Anweisung kann sich nur auf die bewußte Thätigkeit des Richters beziehen — mit andern Worten: der Satz ist kein Satz der juristischen Kunst — weit entfernt: der Richter soll vielmehr nach Kräften trachten, sich in den Bahnen des Gesetzesrechts zu halten. Der Satz ist vielmehr ein Satz der juristischen Entwickelungswissenschaft; er gilt als ein Gesetz, welches unbewußt die Geister beherrscht, als ein Naturgesetz des Rechts; denn les institu-

---

der Grundlage der gesetzlichen Prinzipien bewegt, oder auf einem Gebiet, auf welchem es an gesetzlicher Grundlage fehlt (wie insbesondere in vielen Partieen des internationalen Privatrechts).

42) Holland, Elements of Jurisprud. (2 Ed.) p. 51. 52. bemerkt: The Courts in all countries have necessarily been entrusted with a certain power of making rules for cases not provided for previously; and even of modifying existing laws from time to time in order to carry out the current ideas of what is equitable, or to adapt them to the changing needs of society. — — — This power the Courts have rarely exercised avowedly, but rather under cover of exercising one or other of the functions with which they are more distinctly entrusted — — — —.

tions humaines obéissent à des lois analogues aux gran-
des lois du monde physique[43]). Wer diesen Satz aus-
spricht, der spricht ihn aus als eine aus der Entwickelungs-
geschichte des Rechts geschöpfte Wahrheit; er spricht ihn aus
als den Ausdruck einer phänomenalen Erscheinung, welche,
ebenso wie die Gesetze der sociologischen Entwickelung, ebenso
wie die Gesetze der Natur, über allem menschlichen Willen
schwebt und zu Resultaten führt, welche von den Menschen,
als den unbewußten Trägern des sociologischen Entwickelungs-
prozesses, gar nicht gewollt, gar nicht geahnt werden. Wer
ein solches Gesetz erkennt und ausspricht, der spricht von einer
rechtshistorischen Thatsache, die lediglich erkannt sein will —
gegen [illegible] uns zu sträuben, wären wir machtlos. Denn die
Menschheit ist auch ein Organismus, sie hat auch ihre Bil-
dungsgesetze, sie hat ihre Bewegung[illegible]kräfte, innerhalb welcher
der Einzelne nur als Element des Ganzen [illegible] wirken kann; sie
hat ihre historischen Gesetze, welche wir erkennen, [illegible] welche wir
aber nicht beherrschen können. Die Menschheit geht in der Ver-
nunft der Einzelnen nicht auf, eine immanente Vernünf[illegible]tigkeit
waltet in der Entwickelung[44]). Und so ist es ein inn[illegible]er
währender stetiger Satz, daß die geistige Atmosphäre, in welch[illegible]
der Richter lebt, auf seine Entscheidung influirt, daß seine Ent-
scheidung von dem Zeitgeiste beeinflußt wird. Denn auch der
Richter ist ein Mann seiner Zeit, auch er steht durch tausend
geistige Kanäle mit der Kultur seiner Tage in Contact, und
Niemand kann sich diesem Contacte entziehen. In Porzias
Spruch ringt sich ein neuer Rechtssatz zu Tage[45]), wie in

---

43) Flach, Origines de l'Ancienne France I p. 305.

44) Vgl. mein Recht als Kulturerscheinung S. 17 f.

45) König in der deutschen Litteraturzeitung 1884 S. 1210 f. glaubt, ich habe die Porzia nicht aussprechen lassen — Porzia beziehe sich ja gerade auf das Gesetz Venedigs, und dieses versage die Mittel zur Realisirung des Shy-

tausend Entscheidungen der Jurisprudenz aller Zeiten, und was zu allen Zeiten geschah, hat hier der Dichter in einer typischen Gestaltung verkörpert. Ich glaube mich nun deutlich genug ausgedrückt zu haben; ich glaube, daß man nunmehr ein Naturgesetz der Rechtsentwickelung, welches unbewußt über unseren Häuptern waltet, nicht mehr verwechseln wird mit einer Verhaltungsmaßregel an den Richter: die Verhaltungsmaßregel geht auf volle Einhaltung des Gesetzesrechtes, auf eine schöpferische Jurisprudenz innerhalb der gesetzlichen Principien, soweit die gesetzlichen Principien reichen — würde der Richter von dieser Verhaltung absichtlich abweichen, dann würde das Naturgesetz der Rechtsentwickelung deplacirt und die Rechtsentwickelung würde, statt dem Fortschritte, dem Untergange entgegengehen. Dann und nur dann würden die Befürchtungen Bentham's zur Wirklichkeit werden: Avec cette manière de procéder il n'y a plus de sûreté — — — quand

lockschen Rechtes — daher kein Widerspruch zwischen Rechtsbewußtsein und Gesetzesrecht. Ein seltsames Mißverständniß! Allerdings bezieht sich die Porzia auf das Gesetz Venedigs, welches das Vergießen von Christenblut mit schwerer Strafe bedroht. Aber selbstverständlich trifft diese Androhung nur denjenigen, welcher rechtswidrig Christenblut vergießt — man wird doch den Scharfrichter nicht bestrafen, obgleich derselbe mitunter recht viel Blut vergießt. Solange daher der Gläubiger ein Recht auf den Leib und damit auf das Blut des Schuldners hat, findet das Gesetz keine Anwendang; die Anwendung tritt nur dann ein, wenn derselbe kein solches Recht mehr hat, wenn daher eine Clausel, welche ihm dieses Recht gibt, nichtig ist. Das ist aber, wie ich nachgewiesen, gerade der Punkt in Frage: mit dem Momente, in welchem der Gedanke der Widerrechtlichkeit einer solchen Clausel aufleuchtet, tritt auch die Tödtungsstrafe in die Stelle ein — keinen Moment früher. Es verhält sich hiermit, wie mit der Blutrache: in dem Momente, wo die Blutrache als unerlaubt angesehen wird, verfällt der Bluträcher dem Tödtungsgesetz — aber erst in diesem Momente: solange die Blutrache gesetzlich erlaubt ist, ist der Bluträcher gesetzlich unantastbar. Auf andere seltsame Mißverständnisse einzugehen, habe ich hier keine Veranlassung.

le juge ose s'arroger le pouvoir d'interpréter les lois, c'est-à-dire de substituer sa volonté à celle du législateur, l'arbitraire est partout, personne ne peut prévoir le cours que prendra son caprice. Il ne s'agit plus de regarder au mal en lui = même: quelqu'il soit, c'est peu de chose en comparaison de la gravité de ses conséquences. Le serpent, dit-on, fait passer tout son corps, où il est parvenu à glisser sa tête[46]) — — alles Befürchtungen, die höchst unzutreffend und chimärisch sind, solange die Abweichung von dem ursprünglichen Gesetzesprincip eine unbewußte und allmählige ist[47]). Laßt uns die Richter an die Rechtsquelle verweisen — aber gestattet uns auch, ein historisches Phänomenon darzulegen — gestattet uns, den Blick zu weisen auf die innere Werkstätte, in welcher sich das judicielle Gewohnheitsrecht bildet: denn aus der Vielheit solcher Rechtssprüche, aus der Continuität solcher unbewußter, durch den Zeitgeist genährter judicieller Neubildungen entwickelt sich der autoritative Rechtsfortschritt, der Fortschritt des Gewohnheitsrechts. Doch dies führt uns auf eine neue Seite unseres Gegenstandes.

V.

In Deutschland hat man die Erkenntniß der schöpferischen Kraft der Jurisprudenz vielfach durch die Frage getrübt, ob denn die Wissenschaft eine Rechtsquelle sei. Diese Fragestellung ist verfehlt, und wie so oft, hat auch hier eine unrichtige Fragestellung vom richtigen Wege abgelenkt.

---

46) Bentham, traité de législation (par Dumont) I p. 244. 245.

47) So hat sich auch ganz allmählig das Equitygerichtsrecht in England herausgebildet; der Chancellor judicirte, als der Träger der conscience of the King, er wich kraft dieser Stellung in seiner Jurisdiction allmählig von dem Gesetzesrecht ab und bildete jenes System neuer Rechtssätze, welches zu den größten Errungenschaften des englischen Rechts gehört. Vgl. Holland, Elements of Jurisprud. p. 54 f.

Versteht man unter Rechtsquelle die Aeußerung einer über dem Einzelnen schwebenden Autorität, welche den Einzelnen ohne Rücksicht auf ihre Ueberzeugungskraft beherrscht, dann ist selbstverständlich die Gabe der Wissenschaft keine Rechtsquelle. Was wissenschaftlich geleistet wird, ist immer die That eines Einzelnen; es ist die That eines Einzelnen, nicht als ob nicht die wissenschaftliche Welt an jeder Rechtserzeugung mitbetheiligt wäre, aber es ist die That eines Einzelnen, sofern es nur die Autorität dieses Einzelnen trägt; und wenn es viele Einzelne sind, welche beistimmen, so sind es eben nur viele Einzelautoritäten [48]), aber von einer bindenden herrschenden Kraft kann ebensowenig die Rede sein, als bei anderen Erzeugnissen der Kunst oder Wissenschaft [49]). Der größte Rechtsforscher hat keine Obmacht über den niedrigsten Niederrichter: seine Autorität ist nur eine intellektuelle, sie kann überzeugen, aber nicht herrschen. Die Gebilde der Wissenschaft sind keine den Einzelnen verbindenden Autoritätsmächte; sie könnten es nur kraft besonderer staatlicher Einrichtung werden — aber dann wären sie eben mit der Autorität des Staates bekleidet und diese wäre das Wirksame. Sie haben für den Richter nur dieselbe Bedeutung, wie für den Gelehrten: sie sind Gebilde, welche sich durch ihre eigene Bedeutung legitimiren müssen. Höchstens, daß das Ansehen der Autoren, welche ihm

---

48) Und „nicht Stimmenmehrheit ist des Rechtes Probe" (Schiller, Maria Stuart).

49) Daher die von mir erörterte Erscheinung bezüglich der Reciprocitätsbedingung. Wenn der eine Staat dem anderen Reciprocitätsrechte gewährt hat, so kann dieser letztere die Reciprocität noch nicht aus dem Grunde in Anspruch nehmen, daß seine Theoretiker aus den Principien des geltenden Rechts einen Satz ableiten; er kann es nur dann, wenn dieser Satz in die Praxis übergegangen ist und eine constante Praxis für sich hat. Vgl. meine Abhandl. in Grünhuts Z. XIII S. 51 f. Vgl. auch Reichsgericht 19/5 1882 Entsch. Civils. VII S. 418.

ihren Namen leihen, imponiren kann, sofern man eben diesen Männern ein besonderes Verständniß, eine besonders gesunde Schöpferkraft beimißt — allein dies ist nur die gleiche Ueberzeugungsweise, wie bei allen menschlichen Schöpfungen — einer Rafaelischen Gestaltung wird man schon an sich größere Bedeutung für den Künstler und den Aesthetiker zuschreiben, als den Erzeugnissen eines Vivarini oder eines Francesco Benaglio.

Wohl aber haben die Gebilde der Wissenschaft die Bedeutung, daß sie dem Richter die Hülfsmittel an die Hand geben, um einen Rechtsfall in einer den herrschenden Rechtsprincipien gemäßen Weise zu entscheiden[50]); sie sind ebensoviele Hebel, ebensoviele die Kraft des Richters potenzirende Mächte — welche der Richter zwar nicht anwenden muß, aber anwenden kann; welche er auf ihre Brauchbarkeit prüfen darf, welche er aber, wenn sie ihm als brauchbar erscheinen, thunlichst benutzen soll. Wie der Dampf und die Electricität die Einzelkraft riesenmächtig erweitern, wie die wohlthätige Mixtur in einem Tage ein Uebel heilt, welches sonst Wochen lang aufgelegen wäre, wie ein richtiger Arbeitsplan Zeit und Kosten erspart, wie das Gewächshaus Blüthen zur mächtigen Entfaltung bringt, die nur schüchtern im Freien gedeihen, wie das Wohnhaus uns hunderte von Genüssen bietet, welche die Mutter Erde allein uns versagen würde, wie ein Bibliothekscatalog dem Gelehrten viele Stunden erspart — so wird eine wissenschaftliche Durchbildung einer Materie ein mächtiges Hülfsmittel sein für die richterliche Entscheidung. Und selbst wenn der Richter die Ansicht nicht theilt, so ist doch schon eine selbst

---

50) Insofern ist es richtig, wenn Thöl, Einleitung S. 143 sagt: „Die Wissenschaft hat hier vorweg geliefert, was das richterliche Urtheil vorkommendenfalls liefert: Anwendung vorhandener Rechtssätze."

unrichtige Ansicht ein Halt, an den sich der Richter anlehnen kann; sie zeigt dem Richter, nach welcher Seite er gestalten soll, nach welcher nicht.

Die gleiche Einzelkraft wohnt dem richterlichen Urtheile selbst inne; seine Rechtsaufstellung genießt keine bindende Autorität für die Zukunft, sie hat wissenschaftliche, sie hat keine das Rechtsleben beherrschende Bedeutung — so wenigstens die jetzige Anschauung auf dem europäischen Continente — in den Ländern des englischen Rechtes wird der Rechtssprechung eine größere, eine fast legale Bedeutung zugeschrieben. Zu dieser wächst nach unserer continentalen Anschauung die Urtheilsentscheidung erst dann heran, wenn dieselbe durch eine Vielheit von Urtheilssprüchen zum Gewohnheitsrecht erstarkt — aber dann ist es nicht mehr die Autorität des einzelnen Urtheilsspruches: es ist die Autorität des Zeitgeistes, welcher sich durch die continuelle Reihe von Richtersprüchen Bahn bricht — denn die Continuität der Richtersprüche manifestirt, daß nicht die Auffassung des Einzelnen, sondern die Auffassung der Zeit zur Geltung gelangt.

VI.

Wenn wir bis dahin von der Bedeutung der Wissenschaft für den Richter sprachen, so thaten wir dies deßhalb, weil auf diesem Wege das Verhältniß der Wissenschaft zu den Rechtsquellen sich am besten illustriren läßt. Daß die Unterstützung des Richters nicht die einzige, ja nicht einmal die Hauptbedeutung der Jurisprudenz ist, bedarf kaum einer Ausführuug. Die Gebilde des Rechts sind im Leben die Wegweiser des Handelns, die Leuchten des edlen Wirkens [51]) — denn daß

---

51) Von ganz besonderer Bedeutung ist das Studium des Rechts in den Ländern des Islam. Diesem Studium haben sie vornehmlich die Schulung zu verdanken, und die Unterwerfung des Einzelnen unter die Ge-

die Kenntniß des Rechts zu Cavillationen und Chicanen mißbraucht werden kann, kommt nur daher, daß leider das materielle Recht nicht immer stark genug entwickelt ist, um die Gespinnste formalistischen Grübelns zu zerreißen. Das wahre Recht trägt das Abzeichen der bona fides auf der Stirne.

Allein auch das ist nicht die letzte Aufgabe der Rechtswissenschaft. Indem sie auf Grund der Lebensverhältnisse uns neue Gebilde schafft, vermehrt sie den ethischen Gehalt unseres Daseins und gibt uns in den geistigen Gebilden eine Verklärung des Lebens, eine Vergeistigung, welche nur entstehen kann, wenn sich schöpferische Menschenkraft mit der Auffassung des Lebens verbindet[52]). Dadurch gewinnt die Rechtswissenschaft an Adel und Würde; indem wir das Leben verklären und diese Verklärung des Lebens zum Gegenstande des Studiums machen, erheben wir die Menschheit selbst; wir erheben sie, wie der Künstler, welcher das Leben in höhere Sphären trägt, und wie der Aesthetiker, welcher die Geheimnisse der Kunst und des künstlerischen Wirkens erforscht. Während der Historiker in dunkle Zeiten seine Geistesleuchte fallen läßt, schafft der Dogmatiker an der Vertiefung des Lebens, und die

---

bote einer höheren Ordnung ist vorzüglich der Einführung in das Recht zu verdanken.

52) Im höchsten und letzten Sinne können wir allerdings auch die Produktion als eine Reproduktion der in der geistigen Welt waltenden Ideen bezeichnen; allein diese Ideen liegen jenseits der empirischen Welt, im Gebiete der Transcendenz: der Künstler realisirt in seiner Schöpfung geistige Potenzen, welche über der Welt der Erscheinung liegen, und erhebt uns dadurch aus der Schwere des Erdendaseins — „denn nicht von dieser Welt sind diese Formen" (Schiller) —; ebenso auch der Jurist — nichtsdestoweniger ist sein Wirken im Bereich der empirischen Welt ein schöpferisches, und nur die empirische Welt kommt hier in Betracht. Vgl. meine Abhandl. in der Z. f. vgl. Rechtsw. V S. 321.

Gebilde seiner eigenen Produktion sind edle Kulturgüter und als solche der Gegenstand unserer Forschung. Und wer immer auf diese Weise beleuchtend oder schaffend thätig ist, der ist ein sacerdos artis boni et aequi (fr. 1 pr. und § 1 de just. et jure).

V.

Civilistische Kleinigkeiten

von

Dr. Fr. Eisele, Professor in Freiburg.

IX.

Das Verkaufsrecht des Forderungsgläubigers (l. 7 C. de hered. vel act. vend. 4,39).

Das im Codextitel de hereditate vel actione vendita als l. 7 stehende Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian, welches für die Frage nach dem Inhalte eines Forderungspfandrechtes so wichtig, und in neuerer Zeit auch für die Geschichte der Cession verwerthet worden ist[1]), hat durch Krüger in seinen beiden Codexausgaben (vgl. auch denselben in der Münchener krit. Vierteljahrsschrift Bd. 16 S. 115 f.) durch Einschiebung von ut zwischen visum est und post nominis venditionem, sowie durch veränderte Interpunktion eine von der bisherigen wesentlich verschiedene Gestalt erhalten. Dasselbe lautet jetzt so:

> postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utiles emptori,

1) Von v. Salpius in seinem Buche über Novation und Delegation nach röm. Recht (1864) S. 410 ff.

sic (ut responsum est) vel ipsi creditori postulanti dandas actiones;

während früher gelesen wurde:

.... visum est, post nominis venditionem utiles emptori, sicut responsum est, vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.

Nach der früheren Lesung fand man in dem Rescripte einen quellenmäßigen Beweis für den Satz, daß dem Forderungspfandgläubiger das Recht zustehe, die verpfändete Forderung zu verkaufen. Daran, daß nach dieser Auffassung das auf Verkauf Seitens des Pfandgläubigers gehende post nominis venditionem zu der dem Pfandgläubiger selbst gegebenen utilis actio nicht paßt, insofern dieser eine actio utilis jedenfalls nur bis zum Verkaufe hat, nahm man meistens keinen Anstoß; vgl. indessen Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 160 f.

Krüger versteht die Stelle nach der von ihm gegebenen Lesung so, daß darin von dem Verkauf einer Forderung Seitens eines Pfandgläubigers nicht die Rede ist. Sie soll vielmehr als längst feststehenden Rechtssatz das aussprechen, daß der Forderungspfandgläubiger zum Zweck der Realisirung seines Pfandrechts eine actio utilis zur Beitreibung des verpfändeten nomen erhalte, und zwar nach Analogie (ut = gleichwie) des emptor nominis d. h. desjenigen, der eine Forderung von dem Gläubiger derselben durch Kauf erworben hat. Damit ist ohne Zweifel die actio utilis suo nomine des Käufers einer Forderung gemeint, welche zunächst, und zwar auf Grund eines Rescripts von Antoninus Pius (l. 16 de pactis 2, 14), dem Käufer eines ganzen Nachlasses gegen die debitores hereditarii gegeben wurde. Dann aber würde zwischen der actio utilis des Pfandgläubigers und der actio utilis suo nomine des Forderungsgläubigers gerade das umgekehrte

Verhältniß bestehen, als das, welches v. Salpius (a. a. O. S. 405 ff.) annimmt[2]): die utilis act. s. nom. gewisser Cessionare hätte sich nicht, wie v. Salpius annimmt, an die a. utilis des Forderungspfandgläubigers angelehnt, sondern diese wäre umgekehrt der utilis a. s. n. des Forderungskäufers nachgebildet.

Dieser Auslegung Krügers schloß sich sofort Exner an (in demselben Bande der krit. Vierteljahrsschrift S. 443); sie ist ferner auch angenommen von Windscheid (Pand. § 229 Note 9), welcher übrigens ein Verkaufsrecht des Forderungspfandgläubigers aus inneren Gründen aufrecht erhält, und von Hellwig, die Verpfändung und Pfändung von Forderungen (1883) S. 33.

Was nun die von Krüger vorgenommene Textesconstitution betrifft, so empfiehlt sie sich sowohl durch die Güte der Handschriften, auf welchen die Einschiebung des ut basirt. als durch ihre innere Güte, insofern sie unzweifelhaft eine Verbesserung ist. Dagegen die Auslegung, welche Krüger von der jetzt verbesserten Stelle giebt, können wir, obwohl wir ihr bis vor Kurzem ebenfalls gefolgt sind, nicht für die richtige halten, und zwar einmal aus einem rechtsgeschichtlichen Grunde, dann aber auch aus exegetischen Gründen.

Von der einem Forderungskäufer im spätklassischen römischen Rechte zustehenden a. utilis suo nomine wissen wir zwar, daß ihre Zuständigkeit im Jahre 260 völlig außer Zweifel ist (l. 2

2) v. Salpius stützt sich dabei auf unsere l. 7 nach ihrem früheren Text, er ändert nur etwas die Interpunktion: utiles emptori, sicut responsum est vel ipsi creditori postulanti, dandas actiones. Sonderbarer Weise hat P. Gide in seinem Werke über die Novation (1878) S. 363 im Texte der l. 7 das Krüger'sche ut vor post nominis venditionem, aber die Interpunktion von Salpius, dem er auch in der Erklärung folgt. Dabei kann besagtes ut nur ut finale sein, und der Verfasser des Rescripts wäre völlig aus der Construction gefallen.

C. de obl. et act. 4,10); dagegen wissen wir nicht genau, wann sie eingeführt wurde. Sehr bald, nachdem Antoninus Pius eine solche Klage zum ersten Male dem Käufer einer Erbschaft gewährt hatte, kann es aber wohl nicht geschehen sein, denn Severus und Caracalla erwähnen in einem Rescripte aus dem Jahre 201, in welchem dazu allerdings Veranlassung gewesen wäre (l. 1 C. de contrar. iudic. 5,58), eine derartige Klage des Forderungskäufers noch nicht. Die a. utilis des Forderungspfandgläubigers, die sich an die des Forderungskäufers angeschlossen haben soll, müßte dann immerhin noch etwas später, als diese letztere selbst, angesetzt werden, könnte aber doch Ulpian schon bekannt sein, was auch in der That der Fall ist (l. 20 de pign. et hyp. 20,1). Nun aber kennt schon Pomponius diese a. utilis des Forderungspfandgläubigers. Denn wenn er nach Marcian's Zeugniß (l. 13 § 2 eod.) geschrieben hat: si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem (scil. secundum, was Huschke einschieben will) secum pensaturum, so kann dies exigere doch nicht ausschließlich auf den Fall sich beziehen, wo der Schuldner der verpfändeten Forderung dem secundus creditor freiwillig leistet, sondern es muß den Fall der Klage mit umfassen; die Klage kann aber keine andere gewesen sein, als die für diesen Zweck utilisirte Klage des Verpfänders. Hat aber schon Pomponius die a. utilis des Forderungspfandgläubigers erkannt, so ist das eine Thatsache, mit der sich die Annahme, daß diese Klage sich an die a. utilis s. n. des Forderungskäufers angelehnt habe, kaum wird vereinbaren assen. Es kommt hinzu, daß in den anderen Stellen, die die a. utilis des Forderungspfandgläubigers behandeln (l. 20 cit.; l. 18 pr. de pign. act. 13,7 von Paulus), von einer Anlehnung an die gedachte a. utilis s. n. keine Spur ersichtlich ist, und daß sie auch niemals als actio utilis suo no-

mine bezeichnet wird. Freilich kann dies etwas Zufälliges sein.

Aber auch aus rein exegetischen Gründen scheint mir die Auffassung Krügers nicht haltbar zu sein. Wenn es sich in in den Worten post nominis venditionem um einen beliebigen Forderungsverkauf von Seiten des Gläubigers der Forderung handelte, so wäre das Rescript überaus stümperhaft redigirt, was man doch sonst von den diocletianischen Rescripten nicht sagen kann. Es wäre nicht zu verstehen, weshalb die Worte post nominis venditionem überhaupt dastehen: stehen dem Forderungskäufer die Klagen des Gläubigers und Verkäufers als utiles zu, so ist dies selbstverständlich erst post nominis venditionem der Fall. Desgleichen wäre nicht recht verständlich das ipsi vor creditori. Der Forderungspfandgläubiger steht zu einem Forderungskäufer schon ohne Weiteres in einem deutlichen Gegensatze; es hat in der That keinen Sinn, einem Forderungskäufer einen „Pfandgläubiger selbst" gegenüber zu stellen. Wohl aber hat das Eine wie das Andere einen ganz guten Sinn, wenn der emptor, von dem die Rede ist, eben derjenige ist, der von dem Forderungspfandgläubiger das verpfändete nomen gekauft hat. In Bezug auf ihn kann ganz gut von utilis actio post nominis venditionem gesprochen werden, weil der in Parallele gestellte Pfandgläubiger diese utilis actio ante nominis venditionem hat, und eine dem Forderungspfandgläubiger selbst zu gebende actio utilis hat ebenso guten Sinn gegenüber einer seinem Käufer zu gebenden actio utilis. Es ist aber in kunstvoller Weise je ein Glied des Gegensatzes in den durch ut — sic verbundenen Satztheilen weggelassen: in dem ersten das, was dem ipsi im zweiten entspricht, daß nämlich der emptor Käufer des Pfandgläubigers ist; im zweiten das ante nominis venditionem,

welches den Gegensatz zu post nominis venditionem zu bilden hätte, übrigens in dem vel einigermaßen angedeutet ist.

Die Stelle wäre also etwa so wiederzugeben: nachdem man dazu geschritten ist, auch Schuldforderungen (unter Aushändigung der darüber ausgestellten cautiones an den Pfandnehmer) zu verpfänden, schien es der Ordnung dieses Verhältnisses entsprechend, wie nach dem Verkauf der Forderung durch den Pfandgläubiger dem Käufer, so auch (vel) dem Forderungspfandgläubiger selbst (wie durch responsa festgestellt wurde) actio utilis zu geben.

Nach dieser Auslegung[3]) ist in der Stelle allerdings ein Beweis dafür enthalten, daß der Forderungspfandgläubiger in Bezug auf die verpfändete Forderung nach römischem Recht ein ius distrahendi hat. Auffallen kann dies nicht. Als man zur Verpfändung von Forderungen vorging, war das Sachenpfandrecht schon lange in der Richtung entwickelt, daß als normaler Realisirungsmodus desselben der Verkauf galt; auffallend ist nur, daß in den Quellen bezüglich des vertragsmäßigen pignus nominis sonst immer nur von exigere, außer in unserer Stelle nirgend von distrahere die Rede ist. Unerklärlich dürfte aber auch dies nicht sein.

Auch bei der hier vertretenen Auslegung des Rescripts ist natürlich keine Rede davon, daß die a. utilis s. n. dessen, der eine Forderung von dem Gläubiger derselben gekauft hat, sich an die a. utilis des Pfandgläubigers angelehnt habe; es ergiebt sich vielmehr, daß die letztere sich angeschlossen hat — nicht an die erstere, wie Krüger meint, sondern — an die

3) Auch Dernburg, Pand. I § 293 Note 10, denkt sich unter emptor den Käufer der besprochenen d. h. der verpfändeten Forderung und bemerkt ganz mit Recht, daß die Stelle nur so Zusammenhang gewinne. Daß er das Rescript gleichwohl mißverstanden hat, ergiebt die im Text folgende Ausführung.

a. utilis desjenigen, der eine verpfändete Forderung von dem Pfandgläubiger gekauft hatte.

Hier erhebt sich nun gleich ein Bedenken: kann man annehmen, daß der Käufer utilis a. schon früher hatte, als der verkaufende Pfandgläubiger selbst, da er doch von diesem sein Recht erhält? Dies scheint prima facie verneint werden zu müssen, und in dem bei Bejahung der Frage entstehenden Schein eines ὕστερον πρότερον glaube ich den Grund erblicken zu müssen, weshalb Dernburg, trotz seiner richtigen Ansicht über die Deutung der Worte post nominis venditionem emptori den Sinn des Gesetzes doch gänzlich verfehlt hat. Dernburg giebt denselben a. a. O. (s. Note 3) dahin an: „Diocletian gesteht unseres Erachtens dem Pfandgläubiger das Verkaufsrecht zu, und dem Pfandkäufer utiles actiones, wie bereits die klassischen Juristen dem Pfandgläubiger selbst derartige Klagen gaben.“ Die Priorität der a. utilis des Forderungspfandgläubigers ist hier gerettet, aber nur um den Preis einer völlig unmöglichen Exegese des auch von Dernburg, und zwar einschließlich der Interpunktion, angenommenen Krüger'schen Textes. Was Dernburg in der Stelle finden will, das verlangt folgenden Text: ordinarium visum est (nämlich uns, den rescribirenden Kaisern), ut post nominis venditionem utiles emptori dentur, sicut responsum est u. s. w. Es ist aber in dem Rescript überhaupt nichts bestimmt, sondern nur geltendes Recht reproducirt. Das visum est sagt nicht etwas aus, was jetzt eben geschehen ist, sondern was damals geschah, als man dazu gelangte, auch Forderungen zu verpfänden. Es wird aber das geltende Recht in einer solchen Form mitgetheilt, daß wir zugleich den rechtsgeschichtlichen Aufschluß erhalten, daß die Zulassung der Forderungsverpfändung zunächst dazu führte, dem Käufer der verpfändeten Forderung ein a. utilis zu geben, und erst in weiterer

Entwickelung zu einer a. utilis für den Pfandgläubiger selbst. Daß dieser Entwickelungsgang den Verhältnissen durchaus entsprach, soll jetzt noch kurz dargelegt werden.

Es ist schon betont worden: man kann es nicht anders als natürlich finden, daß man den Forderungspfandgläubiger zunächst auf den Verkauf anwies, wie einen Sachenpfandgläubiger. Sollte dieser Verkauf aber einen praktischen Erfolg haben, so mußte dem Käufer der Forderung die Möglichkeit gegeben werden, mit der Forderung etwas anzufangen, sie beizutreiben. Sobald man also das ius distrahendi bei der Forderungsverpfändung als die erste Entwickelungsstufe annimmt, so muß die a. utilis des Käufers vor derjenigen des Forderungspfandgläubigers die zeitliche Priorität haben. Zu demselben Resultate kommt man aber noch von anderer Seite her.

Wenn man in der klassischen Zeit des römischen Rechts sich dazu entschloß, der Verpfändung einer Forderung Rechtsfolge zu geben, so wird man wegen der Frage, wie dies ins Werk zu setzen sei, nach Vorbildern im bestehenden Rechte sich umgesehen haben. Daß die jedenfalls zunächst im Gebiet der extraordinaria cognitio aufgekommene Specialpfändung zum Zwecke der Vollstreckung des Urtheils, welche eventuell auch Forderungen ergreift und dann regelmäßig zum Verkauf derselben führt (l. 15 § 10 de re iud. 42, 1), ein solches Vorbild abgegeben habe, ist nicht möglich, da erst Caracalla die Pfändung von Forderungen für zulässig erklärte [4]). Dagegen bot das gewöhnliche Executionsverfahren des Formularprocesses mit bonorum venditio ein ganz brauchbares Vorbild. Die

4) Ulpian in l. 15 § 8 de re jud. (41,1): posse enim nomen iure pignoris capi imperator noster rescripsit. Das Rescript könnte dasjenige sein, welches als l. 2 C. quando fiscus (4,15) uns erhalten ist. Weßhalb Hellwig (a. a. O. S. 95) unter imperator noster Severus Alexander verstehen will, ist nicht ersichtlich.

Gläubigerschaft greift beim Konkurs zu ihrer Befriedigung auch auf die Activforderungen des Gemeinschuldners; sie macht aber diese Forderungen nicht selbst gegen die Schuldner geltend, sondern sie verkauft sie, allerdings nicht speciell, sondern als Bestandtheil der bona. Hier war also schon aus der Zeit der Republik her die Institution gegeben, daß Forderungen eines Schuldners durch die Gläubiger verkauft, und daß dann dem Forderungskäufer, dem bonorum emptor, Klagen gegen die Schuldner dieser Forderungen gegeben werden. Es lag doch gewiß außerordentlich nahe, in dem Falle, wo ein Gläubiger durch Verpfändung einer Forderung auf diese für seine Befriedigung angewiesen war, ganz ebenso zu verfahren, zumal man ja den Konkursgläubigern, welche die bona debitoris auf Grund prätorischer missio in Besitz genommen hatten, prätorisches Pfandrecht zuschrieb, und vielleicht gerade von den im Konkurs sich darbietenden rechtlichen Erscheinungen aus auf den Gedanken einer Forderungsverpfändung gekommen war.

Dann wird man aber dem Käufer der verpfändeten Forderung auch dieselbe Klage gegen den Schuldner der verpfändeten Forderung gegeben haben, welche schon seit lange her der Käufer einer Gantmasse gegen alle Schuldner des Gemeinschuldners erhielt, nemlich die formula Rutiliana (Gai. 4,35), welche im Vergleich zu der dem Gläubiger zustehenden Klage ganz wohl als utilis bezeichnet werden kann. Dabei muß übrigens dahin gestellt werden, ob der Prätor diese Formel dem Käufer unverändert gab — welchen Falls dem Prätor vorher eventuell zu beweisen war, daß die Forderung giltig verpfändet worden und die Voraussetzungen für Realisirung des Pfandes eingetreten seien — oder ob sie einen Zusatz erhielt, durch welchen auch die Cognition über diese Punkte dem Judex übertragen wurde. In diesem Falle hätte die Klage

als a. utilis auch im Verhältniß zu der edictsmäßigen a. Rutiliana bezeichnet werden können.

Daß man hierbei nicht stehen blieb, erklärt sich aus denselben Gründen, welche auch bewirkt haben, daß später das ius distrahendi des Forderungspfandgläubigers gegenüber dessen ius exigendi so sehr in den Hintergrund getreten ist. Das Verkaufen der verpfändeten Forderung war für den Verpfänder insofern nachtheilig, als der Käufer den Nominalbetrag der Forderung auch dann nur selten bezahlen wird, wenn die Forderung ganz gut ist; das mußte dahin drängen, einen andern für den Verpfänder weniger nachtheiligen Weg der Pfandrealisirung ausfindig zu machen, und diesen fand die Jurisprudenz in dem dem Gläubiger von ihr gewährten ius exigendi. Sie mochte erwägen, daß der Käufer sein Recht gegen den Schuldner von dem Pfandgläubiger habe, und daß daher diesem die Klage, die bisher jenem allein zugestanden war, füglich nicht versagt werden könne. Wie immer aber die römischen Juristen das ius exigendi des Forderungspfandgläubigers abgeleitet und begründet haben mögen: nachdem es einmal zugelassen war, mußte eine schärfere Betonung der dem Pfandgläubiger dem Verpfänder gegenüber obliegenden Verpflichtungen dahin führen, es dem Forderungspfandgläubiger selbst rathsam erscheinen zu lassen, die verpfändete Forderung lieber einzuklagen, als sie zu verkaufen. So erklärt sich das Zurücktreten des ius distrahendi bei dem Forderungspfand zur Genüge.

Die Ausbeute, welche die l. 7 C. cit. uns nach der richtigen Lesung direct geliefert hat, besteht sonach in zwei Erkenntnissen: 1) das römische Recht gesteht dem Forderungspfandgläubiger allerdings ein ius distrahendi zu; 2) die a. utilis dessen, der von dem Forderungspfandgläubiger das verpfändete nomen gekauft hat, ist älter, als die a. utilis des For-

derungspfandgläubigers selbst, welche sich an jene vielmehr angeschlossen hat.

Daraus ergiebt sich dann aber mit großer Wahrscheinlichkeit, daß die a. utilis des Forderungspfandgläubigers mit der a. utilis suo nomine eines Forderungskäufers nichts zu thun hat, und somit die Auffassung der Forderungsverpfändung, welche in diesem Geschäft eine eventuelle Cession erblickt, ohne rechtsgeschichtliche Basis ist.

X.

Ueber den Verkauf einer nicht existirenden Forderung.

Wird ein Kaufvertrag über eine nichtexistirende Sache abgeschlossen, so ist der Vertrag nichtig, der Verkäufer aber hat — unter welchen näheren Maßgaben, thut hier nichts zur Sache — für das negative Vertragsinteresse einzustehen (vgl. Bechmann, Kauf II § 237. 238). Wird aber eine nicht existirende Forderung verkauft, so ist das Geschäft giltig, der Käufer wird also den Kaufpreis schuldig, der Verkäufer haftet analog dem Falle der Eviction einer verkauften Sache auf das Erfüllungsinteresse (Bechmann l. c. § 239).

Den zweiten dieser nicht zu bezweifelnden Sätze des römischen Rechts (l. 4 l. 5 de her. vel act. vend. 18,4) hat man seit Fr. Mommsens Vorgang (Beiträge z. Obl.Recht Abtheil. I S. 134) und der energischen Einsprache Windscheid's zum Trotz[5]) vielfach als einen Ausnahmesatz, als eine Abweichung von der in jenem ersten Satze zum Ausdruck ge-

---

5) In der Recension der genannten Schrift in der Heidelberger krit. Zeitschrift Bd. 2 S. 117 („das aber hätte er sich nicht sollen zu Schulden kommen lassen, die Giltigkeit des Kaufvertrages über eine nicht existirende Forderung als Ausnahme von der Regel zu behandeln“).

langenden Regel, angesehen, und nach einer dieselbe rechtfertigenden Erklärung gesucht.

Diejenige Erklärung, die Mommsen a. a. O. selbst gab, hat er später in seiner Schrift „über die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen" (S. 89 Note 4) und zwar mit gutem Grund zurückgenommen, und sich der Ansicht Iherings angeschlossen, auf welche weiter unten zurückzukommen sein wird. Wir können daher diese Erklärung auf sich beruhen lassen[6]).

Seither haben andere Schriftsteller andere Erklärungen versucht.

Hartmann (Die Obligation S. 180) erklärt den Satz von der eigenthümlichen Natur der Obligation aus. Da diese nur Mittel sei zur Erreichung des bestimmt individualisirten Endzwecks, d. h. zur Herbeiführung der obligationsmäßigen Leistung, so sei auch die Annahme möglich, „daß nicht das als Gegenstand des Handels angegebene Mittel seiner Individualität nach im letzten und wesentlichen Sinne des Geschäftes lag. Vielmehr daß es im letzten Grunde abgesehen war auf Ueberleitung und Herstellung des bestimmten Obligationserfolges als solchen in der Person des Käufers. So daß hiernach, auch wenn die Obligation nicht wirklich bestand, doch der im Sinne liegende Erfolg, sofern er nur hinlänglich deutlich bezeichnet ist, auf anderem Wege herzustellen wäre." Verstehe ich Hartmann recht, so will er sagen: dem Käufer einer Forderung ist eigentlich nicht darum zu thun, Gläubiger dieser Forderung zu werden, sondern vielmehr darum zu thun, die Leistung zu erhalten, auf welche die gekaufte Forderung abzweckt. Er kauft, indem er die Forderung kauft, die betreffende Leistung; existirt

6) Vgl. die treffende Bemerkung Hartmanns, die Obligation S. 180 oben.

die Forderung nicht, so ist zwar die vorausgesetzte Modalität, sich die Leistung zu verschaffen, weggefallen, aber der Kauf ist darum nicht gegenstandslos.

Stellen wir uns auf diesen Standpunkt, so kommen wir, sobald die verkaufte Forderung nicht existirt, nicht zu einer Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer das Erfüllungsinteresse zu prästiren, sondern vielmehr zu einer Verpflichtung desselben, die Leistung, auf welche die verkaufte Forderung geht, selbst vorzunehmen, natürlich gegen Zahlung des verabredeten Kaufpreises. Wenn es nun auch sein mag, daß Forderungskäufer sehr häufig eine derartige Absicht, wie Hartmann sie annimmt, haben werden, so ist dagegen die Absicht der Verkäufer keineswegs eine entsprechende. Auch ein Musterverkäufer, so scheint uns, muß nicht den Willen haben, sich eventuell zur Vornahme der den Inhalt der verkauften Forderung bildenden Leistung zu verpflichten; es kann ihm geradezu unmöglich sein, solche Leistung vorzunehmen.

Führt hiernach die von Hartmann gewählte Betrachtungsweise auf einen Abweg, so ist anderntheils zu sagen, daß sie selbst aus der wirthschaftlichen Absicht des Käufers heraus nicht immer sich rechtfertigen lassen wird. Wer eine Forderung kauft, beabsichtigt durchaus nicht immer, die in obligatione befindliche Leistung beizutreiben; er kann sie auch kaufen, um sich Compensation zu verschaffen, um sie zu erlassen, und ganz besonders auch, um sie zu weiter verkaufen.

Zur Erklärung unseres Satzes zieht Hartmann übrigens noch einen anderen Gesichtspunkt herbei, auf welchen Bechmann (Kauf § 239) ausschließlich Gewicht legt. Die Existenz einer Forderung läßt sich nicht in so leichter Weise vom Käufer constatiren, wie die Existenz einer Sache. Das ist nicht zu bestreiten. Aber ist das ein ausreichender Grund, um Giltigkeit des Kaufes contra rationem zu statuiren? Bei

dem Verkauf einer nichtexistirenden Sache ist die Haftpflicht des Verkäufers wesentlich mit Rücksicht darauf normirt, daß man von ihm eher als vom Käufer verlangen kann, daß er wisse, ob der Kaufgegenstand existire. Hat man es hier für ausreichend erachtet, dem Käufer das negative Vertragsinteresse zuzusprechen, so will es nicht einleuchten, daß man, wenn die Schwierigkeiten für den Käufer etwas wachsen, nun gleich zu einem andern Princip übergegangen sein soll.

Immerhin könnte man sich bescheiden, in dieser Weise sich den in Rede stehenden Rechtssatz zurechtzulegen, wenn es unausweichlich wäre, eine Ausnahme anzuerkennen. Ist denn aber der Satz wirklich ein Ausnahmesatz? Und wenn er es nicht ist, wie ist er dann mit dem Satze, daß der Verkauf einer nichtexistirenden Sache nichtig ist, in Einklang zu bringen?

In dieser Beziehung hat Windscheid a. a. O. bemerkt: Der Verkauf einer nichtexistirenden Forderung sei dem Verkauf einer nichtexistirenden Sache nicht gleichzustellen, so wenig als der Verkauf einer Sache, die dem Verkäufer nicht gehört. Der Grund, weswegen der Verkäufer nicht liefern könne, sei lediglich der Mangel seines Rechts, nicht (wie beim Verkauf einer nichtexistirenden Sache) die Unmöglichkeit der Existenz seines Rechts [7]).

Lediglich mit dem Gegensatze der Möglichkeit und Unmöglichkeit, nicht der Leistung, sondern des verkauften Rechtes operirt Jhering in seiner Abhandlung über culpa in con-

---

7) Brinz hat hiegegen bemerkt (krit. Ueberschau V S. 298): damit ein Kauf gemäß der Regel nec emptio nec venditio sine re nichtig sei, muß dasjenige, was verkauft wird, nicht überhaupt unmöglich sein; genug, daß es nur nicht existirt. Gewiß: die Quellen verlangen nicht, daß die Kaufsache nicht existiren könne. Aber Windscheid spricht auch nicht von der Unmöglichkeit der Existenz der Sache, sondern von der Unmöglichkeit der Existenz des Rechts an derselben.

trahendo (Jahrb. Bd. 4 S. 69 ff.). Er führt Folgendes aus. Dem Gegensatze der objectiven und subjectiven Unmöglichkeit der Leistung entspreche der andere: das als existirend gedachte Recht bezw. seine Uebertragung ist schlechthin unmöglich — so ist an einer nichtexistirenden Sache für Niemand Eigenthum möglich —; oder das Recht, welches der Verkäufer sich beilegt, könnte an sich existiren, aber es existirt nicht, sei es überhaupt nicht, sei es in seiner Person nicht: so verhalte es sich bei dem Verkauf einer dem Verkäufer nicht zustehenden Superficies an einem existirenden Grundstücke und ebenso bei dem Verkauf einer Forderung, die dem Verkäufer nicht zusteht, wobei es gleichgiltig sei, ob sie überhaupt nicht existire, oder einem Andern als Gläubiger zustehe.

Auch Brinz (Pandekten 2. Aufl. Bd. II S. 405)[8]) findet zunächst, daß die Gleichstellung von Sache und Forderung nicht zutreffe. Er stellt in Parallele Eigenthum und Sache, Forderung und actio. Wie der Sachverkauf bei Eigenthumsmangel keine venditio sine re, so sei beim Verkauf einer nichtexistirenden Forderung das Factum der actio die res, ohne welche kein Verkauf bestehen kann. Diese Gleichstellung von actio und Factum will uns in keiner Weise einleuchten. Das Klagerecht in dem üblichen Sinne kann actio hier unmöglich bedeuten, denn in diesem Sinne genommen ist ja nach Brinz (Pand. Bd. I S. 312) actio das entsprechende Recht, also hier das Forderungsrecht, selber. Soll actio die Thatsache des Klageanstellens bedeuten? Aber kann denn eine Thatsache überhaupt Gegenstand eines Geschäftes sein, verkauft, vermacht werden? Doch gewiß nicht, sondern nur etwa die Befugniß, eine Thatsache zu verwirklichen. Oder soll actio die Klage-

8) Diejenige Erklärung unseres Satzes, welche Brinz früher (krit. Ueberschau Bd. 5 S. 298 f.) gegeben hat, übergehen wir, da Brinz sie durch die im Text referirte ersetzt, somit stillschweigend aufgegeben hat.

befugniß im Sinne Degenkolb's (Einlassungszwang S. 14 und passim) sein, die Befugniß, eine Klage anzustellen, einen Andern als Beklagten vor Gericht und in den Proceß hineinzuziehen? Aber auch diese Befugniß ist etwas Anderes als ein Factum, und überdies braucht sie nicht gekauft zu werden, weil sie jeder Proceßfähige schon ungekauft hat. Wir vermögen also keinen Sinn von actio zu ergründen, bei dessen Annahme uns die Erklärung von Brinz befriedigen könnte.

Dagegen sind wir der Meinung, daß Windscheid mit seiner Gleichstellung des Verkaufs einer nichtexistirenden Forderung mit dem einer dem Verkäufer nicht gehörenden Sache vollständig das Richtige getroffen hat.[9]) Die Erklärung Iherings aber ist nicht — wie Hartmann und Bechmann anzunehmen scheinen — von derjenigen Windscheids wesentlich verschieden. Aber dasjenige, was bei Windscheid die Hauptsache ist, die angegebene Gleichstellung, wird von Ihering nicht ausdrücklich ausgesprochen, und dasjenige, was Windscheid blos andeutet, wird von Ihering in ausführlicher Behandlung in den Vordergrund gestellt.

Windscheid hat eine eingehendere Begründung seiner Ansicht nicht gegeben. Es wird, da derselben Zustimmung nicht zu Theil geworden ist, kein überflüssiges Unternehmen sein, dies nachzuholen und ihr dadurch vielleicht allgemeinere Zustimmung als bisher zu verschaffen.

Hartmann (a. a. O. S. 180) stellt die innere Berechtigung einer Gleichstellung der Nichtexistenz einer Forderung mit dem Nichthaben einer körperlichen Waare in Abrede und glaubt das Unzulässige derselben klar zu machen durch die Frage: „ist denn hier nicht geradezu und ganz ausdrücklich

9) Die von mir früher (Compensation S. 237 f.) angedeutete Erklärung ziehe ich daher zurück.

vorausgesetzt das Nichtsein des gedachten Verkaufsgegenstandes, d. h. des Forderungsrechts, anstatt des bloßen Nichthabens?" Er scheint dabei unter dem Einfluß der uns so geläufigen Identificirung der Sache mit dem Eigenthum an der Sache (welche an der ganzen Verwirrung in dieser an sich einfachen Lehre Schuld ist, wie sie schon bei den Römern die schiefe Classification der res corporales und incorporales verschuldet hat) übersehen zu haben, daß man zwischen Nichtsein und Nichthaben bei Forderungen nicht in derselben Weise unterscheiden kann, wie bei Sachen. Sachen können sein, und nicht gehabt werden — sie sind dann herrenlos. Dem würde es entsprechen, zu sagen: Personen können sein, ohne Schuldner zu sein. Dagegen eine Forderung kann gar nicht sein, ohne gehabt zu werden, weil sie ohne Subject, ohne Gläubiger nicht möglich ist; und die Parallele hierzu ist, daß auch Eigenthum nicht sein kann, ohne gehabt zu werden, weil auch dieses Recht, wie jedes andere subjective Recht, nicht ohne Subject sein kann, also immer, wenn es ist, auch gehabt wird.[10])

Es dürfte klar sein: nichtexistirende körperliche Waare und nichtexistirende Forderung ist keine richtige Parallele, wohl aber nichtexistirendes Eigenthum und nichtexistirende Forderung. Stellen wir, wie es sich gehört, subjectives Recht mit subjectivem Recht in Parallele und hüten wir uns außerdem noch vor der zwar im Allgemeinen unschädlichen, gerade hier aber verhängnißvoll gewordenen Abstraction, das Recht von seinem Subject losgelöst nach Art einer Sache zu denken — was dann nur bei der Forderung geschieht, da man dem Eigenthum schon von vornherein die Sache substituirt hat —

10) Windscheid kann sich dieser Argumentation nicht bedienen, weil er subjectlose Rechte, also Forderungen ohne Gläubiger, Eigenthum ohne Eigenthümer annimmt. Diese Schwäche in der Position Windscheids ist Brinz nicht entgangen, vgl. krit. Ueberschau cit. S. 298 oben.

so ist klar, daß nicht nur beim Forderungsrecht, sondern auch beim Eigenthumsrecht es ganz einerlei ist, ob man von Gehabtwerden oder von Sein des Rechts spricht. Ein Eigenthum in abstracto an einer concreten Sache existirt so wenig als eine Forderung in abstracto gegen einen concreten Schuldner; es existirt Eigenthum wie eine Forderung nur für ein Subject. Zieht man, wenn von der Existenz eines Rechtes gesprochen wird, das Subject desselben mit herein, wie man es immer thut, wenn man vom Haben des Rechtes spricht, so ist es ja evident, daß es völlig gleichgiltig ist, ob man sagt: Eigenthum des A an dieser Sache existirt nicht, oder: A hat kein Eigenthum an dieser Sache. Will man aber einmal, wenn man von Existenz eines Rechtes spricht, von dem Subjecte desselben absehen, nun so thue man es auch, wenn man vom Haben des Rechtes spricht; dann werden sich wiederum gleichstehen die Sätze: das Eigenthum existirt nicht und wird nicht gehabt, die Forderung existirt nicht und wird nicht gehabt.

Erwägen wir nun noch weiter Folgendes. Es handelt sich ja um den Verkauf einer Forderung als einer eigenen des Verkäufers, wie in dem Parallelfall um den Verkauf einer Sache als einer dem Verkäufer gehörigen. Wie dort das Geschäft bezweckt, dem Käufer diese Forderung zu verschaffen, so hier, demselben dieses Eigenthum, das Eigenthum des Verkäufers zu verschaffen. Dies ist deshalb nicht weniger richtig, weil wir gewöhnlich auch hier statt des Rechts an der Sache die Sache selbst nennen, und es wird auch dadurch nicht widerlegt, daß die Haftung des Verkäufers, der nur das habere licere prästiert, hinter jenem Zweck etwas zurückbleibt — das Institut der Ersitzung ermöglicht und rechtfertigt diese Differenz.

Hat nun der Verkäufer kein Eigenthum, so kann man

mit völlig gleichem Rechte sagen, der Gegenstand des Verkaufs existire nicht, wie man dies sagen kann, wenn Verkäufer keine Forderung hat. Es mag ein Anderer eine Forderung dieses Inhalts gegen diesen concreten Schuldner, es mag ein Anderer Eigenthum an dieser Sache haben: eine Forderung, ein Eigenthum des Verkäufers mit entsprechendem Inhalt existirt nicht. Man kann folglich eben so gut, wie von dem Verkauf eines nichtexistirenden Forderungsrechtes, so von dem Verkauf eines nichtexistirenden Eigenthumsrechts sprechen. Ist nun im letztern Falle der Verkauf nicht nichtig, sondern tritt eventuell Evictionshaftung ein, so wird man es auch nicht als etwas Besonderes und einer besonderen Erklärung Bedürftiges erkennen können, daß der Verkauf auch im erstern Falle nicht nichtig ist und auf das Erfüllungsinteresse gehaftet wird. Die Parallele ist, soweit es die verschiedene Natur der beiden in Betracht kommenden Rechte gestattet, eine vollkommene. Es ist danach anzuerkennen der den Sachenkauf und den Forderungskauf ganz gleichmäßig regelnde Satz: daß die Nichtexistenz des Rechts, auf dessen Uebertragung es beim Verkaufe abgesehen ist,[11]) der Giltigkeit desselben keinen Eintrag thut; Nichtexistenz nämlich in der Person des Verkäufers, denn nur darauf kommt es an.

Wir haben jetzt noch zwei Fragen zu beantworten. Warum begründet Nichtexistenz des Eigenthums des Verkäufers keine Nichtigkeit des Verkaufs, wohl aber Nichtexistenz der Kaufsache? Und warum ist beim Forderungskauf von einer Nichtigkeit, welche der Nichtigkeit bei Nichtexistenz der Kaufsache entspräche, keine Rede?

---

11) Auf das Problem, inwiefern Singularsuccession im Rechte möglich sei, kann hier nicht eingegangen werden. Unseres Ermessens ist sie im Sinne einer vollkommenen Rechtsidentität nicht möglich, und zwar beim

Zielt der Sachenkauf, der Forderungskauf dahin, dem Käufer das Eigenthum, die Forderung des Verkäufers zu verschaffen, so ist in beiden Fällen die in obligatione befindliche Leistung unmöglich, wenn der Verkäufer das Eigenthumsrecht, das Forderungsrecht nicht hat. Allein die Sache ist nicht definitiv aussichtslos, da ja der Verkäufer das Eigenthum, welches er nicht hat, noch erwerben, da er eine Forderung von dem Inhalte der verkauften gegen denjenigen, der als Schuldner der letzteren bezeichnet war, sich noch verschaffen kann. Um dieser Möglichkeit willen läßt man das Geschäft gelten; da diese Möglichkeit im Falle der Nichtexistenz der Sache — sofern sie nicht als eine vielleicht in Zukunft existent werdende in Betracht gezogen wurde — definitiv ausgeschlossen ist, so ist hier das Geschäft als ungiltig behandelt. Hier stimmen wir also mit Jhering überein; nur haben wir seine abstracte, von einem Subjecte des Rechts absehende Begründung: „da das Recht existieren könnte" — aus welcher sich praktisch nichts herleiten läßt — umgesetzt in den concreten Satz „da Verkäufer das Recht noch erwerben kann."

Das Motiv hierbei ist offenbar das Streben, einem zu Stande gekommenen Geschäft nach Möglichkeit zur Geltung zu verhelfen.[12]) Es ist dasselbe Motiv, welches auch dazu geführt hat, daß, wenn Jemand Namens eines Anderen als dessen vermeintlicher Bevollmächtigter, oder wenn ein Pupill ein Geschäft abschließt, man solches Geschäft nicht ohne Weiteres als ungiltig behandelt, sondern im Hinblick auf die möglicher Weise noch hinzutretende Genehmigung einstweilen noch zuwartet. Die Gleichheit des Motivs schließt natürlich nicht aus, daß die verschiedenen Fälle noch verschieden be-

Eigenthum ebenso wenig als bei der Forderung. Vgl. Hölder, Pand. I S. 185 Anm. 1.

12) Vgl. Brinz, krit. Ueberschau cit. S. 299 oben.

handelt werden, daß also in den zuletzt erwähnten Fällen auf den wirklichen Eintritt der Genehmigung entscheidendes Gewicht gelegt wird, während im Falle des Rechtsmangels mit der bloßen Möglichkeit der Hebung des Mangels schon definitiv die Giltigkeit des Geschäfts gegeben ist. Ein ganz entgegengesetzter Zug giebt sich in Bezug auf Legate in der regula Catoniana kund.

Was die zweite der oben aufgeworfenen Frage betrifft, so ist das der Nichtexistenz der Sache Entsprechende beim Forderungsverkauf das, daß die Person, welche als Schuldner der verkauften Forderung bezeichnet ist, nicht existirt, wie das schon von Windscheid a. a. O. bemerkt ist. Es ist unschwer einzusehen, warum dieser Fall in den Quellen nicht normirt ist: er wird außerordentlich selten vorkommen. Wie der Fall des Verkaufs einer nicht existirenden Sache, abgesehen von betrügerischen Vorspiegelungen, praktisch in der Regel so sich gestalten wird, daß die Sache, die dem Verkäufer einmal gehörte, ohne dessen Wissen untergegangen ist, so hätte man hier an den Fall zu denken, daß der Schuldner ohne Wissen des Gläubigers gestorben wäre. Aber in diesem Fall giebt ja die Rechtsordnung in der Person der Erben, ev. des Fiscus einen Ersatzmann, oder es ist schließlich die Konkursmasse, gegen welche die Forderung geltend gemacht werden kann.

Zwei Sätze des römischen Rechts könnten vielleicht Veranlassung geben, an der Richtigkeit des Gesagten zu zweifeln: der Satz, daß der Verkauf einer nicht existirenden Erbschaft ungiltig ist (l. 8 l. 9 de her. vel act. vend. 18, 4), und der Satz, der dasselbe bestimmt hinsichtlich des Vermächtnisses einer nicht existirenden Forderung (l. 75 § 1, 2 de leg. I).

Was den ersten Punkt anlangt, so wäre er von Erheblichkeit, wenn beim Erbschaftsverkauf der Gegenstand des Geschäfts das Erbrecht wäre. Allein hereditas ist hier so wenig

Erbrecht, wie bei der hereditatis petitio. Die hereditas als Nachlaß ist von den Römern von Alters her als Sachencomplex behandelt worden, wie sie denn in der ältesten Zeit auch kaum etwas anderes war. In der späteren Entwickelung ist man dabei stehen geblieben; obwohl auch Forderungen im Nachlaß sein können, ist die Klage vindicatio geblieben. So wird auch der Verkauf eines Nachlasses wie der einer körperlichen Sache behandelt, und wie bei der Sache unterschieden zwischen Rechtsmangel (est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet) und Objectsmangel (si nulla est de qua actum videatur).

Bedenklicher scheint die Ungiltigkeit des Vermächtnisses einer nichtexistirenden Forderung zu sein. Diese Ungiltigkeit wird denn auch (vgl. Hartmann S. 179, Bechmann S. 439 Note 1) als ein der Rechtsconsequenz entsprechender Satz angeführt, um die Ausnahmenatur des die Giltigkeit des Verkaufs einer nicht existirenden Forderung aussprechenden Satzes evident zu machen. Indeß ist auch dieser Satz in keiner Weise geeignet, die im Vorstehenden begründete Auffassung des letzteren Satzes irgendwie zu erschüttern.

Auch im Falle des Vermächtnisses ist Nichtexistenz der Forderung nichts anderes als Rechtsmangel in der Person des Legirenden, und auch hier ist es unrichtig, die Nichtexistenz der Forderung mit der Nichtexistenz einer Sache in Parallele zu stellen. Es liegt also allerdings eine Behandlung des Forderungsvermächtnisses vor, welche von der des Forderungsverkaufs verschieden ist; dies beweist aber gegen das bisher Vorgetragene nicht das Mindeste, weil dieselbe Abweichung ursprünglich auch vorliegt beim Sachenvermächtniß gegenüber dem Sachenverkauf.

Beim Verkauf einer nicht existirenden Forderung sind wir davon ausgegangen, daß die Forderung als eine dem Ver-

käufer zuständige verkauft ist; hier haben wir also dem entsprechend zu unterstellen, daß der Erblasser die Forderung als eine ihm zuständige vermacht. Dies entpricht denn auch den Quellen: si Titio decem, quae mihi Seius debet, legavero (l. 75 § 2 cit.). Stellen wir neben dieses Forderungsvermächtniß das entsprechende Sachenvermächtniß, so ist es das Vermächtniß einer Sache als eigener des Erblassers, d. i. das do lego legatum.[13]) Auch dieses ist aber bekanntlich ungiltig, wenn die Sache dem Erblasser nicht gehört (Gai. II, 196), nicht erst dann, wenn die Sache nicht existirt.

Es ist hiernach klar, daß nicht blos bei dem Forderungsvermächtniß, sondern überhaupt bei dem direkten (nicht auf Damnation des Erben gerichteten) Vermächtniß in Bezug auf den Rechtsmangel andere Bestimmungen gelten als bei dem Verkauf. Dasjenige, was dem Verkäufer nach dem Verkauf eines ihm nicht gehörigen Rechts noch möglich ist, daß er nemlich dieses Recht noch erwirbt, ist dem Erblasser, wenn sein letzter Wille in Kraft tritt, nicht mehr möglich,, da er nicht mehr lebt; dem Erben aber ist, da das Recht als eigenes des Erblassers vermacht ist, ein solcher Erwerb nicht auferlegt, sondern es liegt ihm, wenn eine Sache als eigne vermacht ist, gar nichts ob, und ist eine Forderung als eigene vermacht, so liegt ihm nur ob, actiones praestare (l. 75 § 2 cit.), selbstverständlich, sofern er solche geerbt hat.[14])

---

13) Der Testator konnte allerdings eine ihm zugehörige Sache auch per damnationem legiren. Allein diese Sache wurde in demselben Augenblick, in dem das Vermächtniß in Kraft trat, Eigenthum des Erben, so daß also genau genommen hier ein Vermächtniß einer Sache des Erben vorliegt.

14) Im heutigen Recht fällt dieser Unterschied weg, da die vermachte Nachlaßforderung heute ebenso direct auf den Honorirten übergeht, wie das Eigenthum an der vermachten Nachlaßsache; diese Consequenz müssen wenigstens alle diejenigen ziehen, welche Singularsuccession in das Forderungsrecht eben so gut annehmen, wie in das Eigenthumsrecht. Dann kann dem

Nun ist allerdings durch das SC. Neronianum dem Erben solcher Erwerb auferlegt, wie wenn per damnationem vermacht wäre (Gai. II, 197); seitdem ist das Sachenvermächtniß wegen Rechtsmangels nicht mehr ungiltig. Aber dieser Senatsbeschluß bezog sich eben nur auf res legatae. In Bezug auf das Forderungsvermächtniß ist es also bei dem alten Recht geblieben.

Erben nur obliegen, die im Nachlaß befindlichen Dokumente über die Forderung an den Honorirten herauszugeben.

VI.

Kauf auf Probe.

Von **Unger.**

Die Lehre vom suspensivbedingten Kauf auf Probe ist in neuerer Zeit vielfach Gegenstand gründlicher Untersuchung und scharfsinniger Erörterung gewesen.[1]) Aber trotz aller darauf gewandten Bemühungen ist es bisher nicht gelungen, diese Lehre zu einem befriedigenden, allseits anerkannten Abschlusse zu bringen: die Hoffnung, welche Fitting vor Jahren in dieser Hinsicht ausgesprochen hat[2]), ist bis zur Stunde nicht in Erfüllung gegangen. Die Meinungen über die rechtliche Natur des suspensivbedingten Kaufs auf Besicht gehen weiter als je auseinander und auch der Streit, ob wir es hier mit einem normalen Rechtsgeschäfte oder einer Anomalie zu thun haben, ist noch nicht ausgetragen. Nur in einem Punkte scheint Uebereinstimmung zu herrschen: in der Annahme, daß es im freien, keiner Controlle unterliegenden Belieben des Käufers stehe, die Kaufsache zu billigen oder zu mißbilligen. Ich habe zwar vormals (1860) die Behauptung aufgestellt

---

1) Die Literatur bei Windscheid Pand. II §. 387 Note 5 und Gareis in Endemann's Handb. des deutschen Handelsr. II (1882) S. 587 Note 2. Dazu kömmt jetzt Bechmann, der Kauf II (1884) S. 212 fg.

2) Zeitschr. f. Handelsr. II (1859) S. 204.

und zu begründen versucht, daß es nicht auf die beliebige Erklärung der Genehmigung oder Nichtgenehmigung der Waare, sondern auf das wirkliche und wahrhaftige Gefallen oder Nichtgefallen derselben ankomme [3]). Diese Ansicht ist jedoch von allen Seiten bestritten und insbesondere von Fitting in gründlicher und scharfsinniger Weise bekämpft worden [4]). Die communis opinio hat seither in der mit Vorbedacht gewählten Fassung des Art. 339 H. G. B. gesetzliche Anerkennung und legalen Ausdruck gefunden [5]): ich bin daher genöthigt, meine frühere Ansicht aufzugeben.

Stellt man sich aber auf diesen Standpunkt, so entsteht eben wieder die Frage, wie die Gültigkeit des suspensivbedingten Kaufs auf Probe mit der bekannten Regel zu vereinigen sei, daß das Dasein einer Verpflichtung nicht von der Willkür des zu Verpflichtenden abhängig gemacht werden könne, ohne die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts herbeizuführen. Die Versuche, welche man zur Lösung oder Erklärung dieses scheinbaren oder wirklichen Widerspruchs gemacht hat, sind sehr verschiedener Art.

Fitting zunächst hat jener Regel bekanntlich die Fassung geben wollen, daß ein Rechtsgeschäft nur dann nichtig sei, wenn die Bedingung ausdrücklich und geradezu (also wörtlich) auf das Wollen, das Belieben, die Willkür des zu Verpflichtenden gestellt werde: die Giltigkeit des suspensivbedingten Kaufs auf Probe ergebe sich somit von selbst aus

3) Zeitschr. f. Handelsr. III S. 407 fg.

4) Zeitschr. f. Handelsr. V S. 90 fg. Vgl. auch Hofmann, Periculum beim Kauf (1870) S. 96. Wendt, Reurecht II (1879) S. 63. Bechmann, Kauf II S. 228 fg. Zustimmend hat sich dagegen Brinz, Pand. I 1. Aufl. S. 1469 geäußert.

5) Vgl. Hahn, Comment. (3. Aufl.) II S. 243. 245. Sächs. Gesetzb. §. 1101 fg. Schweiz. Bundesges. über das Obl.R. Art. 269 fg. Dresden. Entw. Art. 478 fg.

dem Wortlaute der Bedingung (si res mihi placuerit)[6]. Auch nach erneuerter unbefangener Prüfung dieser von Fitting mit großer Energie und Beharrlichkeit vertheidigten Formulirung der Regel habe ich mich von der Richtigkeit derselben nicht überzeugen können: ich muß den Widerspruch, den ich vormals dagegen erhoben habe[7]), auch jetzt noch in vollem Umfange aufrecht halten. Der Unterschied zwischen einem Versprechen unter der Bedingung: si voluero und einem Versprechen unter der Bedingung: si Capitolium ascendero ist nicht ein formeller und verbaler, sondern ein materieller und realer: die Differenz betrifft den Inhalt der Bedingung, nicht die Fassung der Bedingung. Sollte denn wirklich ein Kauf auf Probe ungültig gewesen sein, wenn der Käufer statt der Worte: si res mihi placuerit die Worte gebraucht hätte: si rem arbitrio meo comprobaverim? Und wäre vollends im heutigen Rechtsverkehre ein Kauf auf Besicht ungiltig, wenn der Käufer erklären würde, daß er die Sache unter der Bedingung kaufe, daß er sie nach seinem reinen Belieben annehmbar finde, oder daß sie ihm nach freiem Ermessen zusage? Die Theorie Fitting's hat denn auch, so viel ich sehe, keinen Anhang gefunden.[8])

Von mancher Seite wird das Vorhandensein eines wirklichen Widerspruchs zwischen dem Kauf auf Probe und jener Regel anerkannt und die Gültigkeit desselben als „eine ganz einzelne Ausnahme von der Regel" hingestellt. Diese Ansicht

---

6) Zeitschr. f. Handelsr. II S. 232 fg. V S. 119 fg. Arch. f. civ. Prax. XLVI S. 251 fg. 260 fg.

7) Zeitschr. f. Handelsr. III S. 391 fg. System VI §. 14 Anm. 4. §. 57 Anm. 1. 2.

8) Vgl. Windscheid, Pand. I §. 93 Note 4. Vangerow II §. 482 Anm. Nr. 1. Arndts Forts. v. Glück's Comment. XLVI S. 352 Note 72. Bechmann II S. 214. 215.

wird insbesondere[9]) von Savigny[10]) und Regelsberger[11]), jedoch ganz kurz und ohne nähere Motivirung, ausgesprochen[12]). Eine eingehende Begründung hat diese Ansicht (1884) durch Bechmann in dessen groß angelegter, überall in die Tiefe gehender Monographie über den Kauf (II. S. 212 fg.) erhalten, indem derselbe auf Grund einer feinsinnigen psychologischen Analyse das wirkliche Vorhandensein einer Anomalie zu constatiren und dieselbe aus praktischen Erwägungen zu rechtfertigen sucht.[13]) Allein so scharfsinnig und bestechend auch die Darstellung Bechmann's ist, so bleibt es doch von vornherein mißlich, in der Gültigkeit des Kaufs auf Probe eine Singularität zu sehen. In § 4 J. de emt. (3. 23) wird die emtio si res placuerit als einziges Beispiel eines suspensivbedingten Kaufs aufgeführt, „während man doch reine Singularitäten in einem Lehrbuche für den Anfangsunterricht nicht gerade vorzugsweise als Beispiele zu wählen pflegt"[14]) und es doch so nahe gelegen hätte, eines der in den Quellen so häufig vorkommenden Beispiele (si Capitolium ascendero, si Titius Consul factus fuerit, si navis ex Asia venerit) anzuführen. Auch in

9) Andere Anhänger dieser Ansicht bei Goldschmidt in der Zeitschr. f. Handelsr. I S. 267 Note 15.

10) System III §. 117 Note i.

11) Altersvorzug der Pfandrechte (1859) S. 50 Note f.

12) Vangerow III S. 435 begnügt sich mit der Bemerkung, daß „über die Erklärung der auffallenden Erscheinung, daß das Geschäft gültig ist, obwohl die Existenz desselben in den reinen Willen eines Contrahenten gestellt ist, die Ansichten weit auseinander gehen".

13) Degenkolb in seiner lehrreichen Anzeige des Bechmann'schen Werkes (krit. Viertelj. XXVI S. 455 fg.) findet, es sei „für das röm. Recht nicht zu beanstanden, daß der Kauf auf Probe (mit Savigny im Gegensatz zur neueren Doktrin) als etwas Exceptionelles aufgefaßt wird" (S. 464).

14) Fitting in der Zeitschr. f. Handelsr. V S. 83.

praktischer Hinsicht ist die Annahme einer reinen Singularität bedenklich, da es gar manche andere Rechtsgeschäfte gibt, welche auf Gefallen abgeschlossen werden [15]), deren Gültigkeit jedoch infolge der bekannten Regel L. 14 D. de leg. (1. 3) ausgeschlossen wäre. Zur Annahme einer Singularität wird man sich daher erst dann entschließen können und müssen, wenn alle Versuche, die Gültigkeit des Kaufs auf Probe mit der Regel in Einklang zu bringen, sich als vergeblich erweisen sollten. [16])

Von anderer Seite wird dagegen erklärt, daß es bei dem suspensivbedingten Kauf auf Probe mit ganz natürlichen und einfachen Dingen zugehe. „Die Schwierigkeit, ja Wunderlichkeit, welche man in jenem Rechtsgeschäfte, das in § 4 J. de emt. (3. 23) ohne Bedenken als bedingter Kauf für gültig angesehen wird, fand, erledigt sich ganz einfach aus dem Gesichtspunkte, daß es sich da um einen zweiseitigen Schuldvertrag handelt" [17]): der Käufer ist ungebunden, der Verkäufer ist bedingt gebunden. Die hervorragendsten Vertreter dieser Ansicht [18]) sind bekanntlich Windscheid [19]) und Arndts [20]). Ich vermag nicht, diese Ansicht für richtig zu halten. Zur Bekämpfung derselben wäre jedoch ein tieferes

---

15) Vgl. auch Fitting V S. 130. 131.

16) Vgl. Goldschmidt I S. 267. Fitting II S. 230. 238. V S. 82. 83.

17) Arndts in der Fortsetz. von Glück XLVI S. 352 Note 72.

18) Diese Ansicht findet sich schon bei Schrader, Comm. ad §. 4 J. cit. p. 541 und wird auch von Wendt, Reurecht II S. 74. 75 und Puntschart, die fundamentalen Rechtsverhältnisse (1885) S. 187 fg. vertreten. Auch die französischen Juristen suchen angesichts des art. 1174 Cod. civ. die Gültigkeit des suspensivbedingten Kaufs auf Probe auf diesem Wege zu retten; vgl. Demolombe, Traité des Contrats II (1878) p. 314 sq.

19) Pandekt. I §. 93 Note 1. II §. 321 Note 24. §. 387.

20) Pandekt. §. 234 Anm. 3. 4. §. 301 Anm. 2. 5.

Eingehen in das Wesen des synallagmatischen Rechtsgeschäftes überhaupt und der emtio venditio insbesondere erforderlich, als an diesem Orte zulässig wäre. Ich muß mich daher mit der Verweisung auf die Gegenausführungen von Fitting[21]) und Bechmann[22]), denen ich beipflichte, begnügen und will nur einen Punkt hervorheben. Nach der hier besprochenen Ansicht ist bei dem suspensivbedingten Kauf auf Probe zwar die venditio bedingt gültig, die emtio dagegen nulla, ebenso wie im umgekehrten Fall in L. 7 pr. D. de C. E. (18. 1) die venditio nulla genannt wird. Ist es nun aber denkbar, daß in einem Lehrbuche, wie es die Institutionen sind, als Beispiel einer emtio conditionalis eine emtio nulla[22a]) angeführt würde? Eben so gut könnte man als „Schulbeispiel" einer emtio pura den Kauf einer res extra commercium anführen.

Dernburg lehrt: „Einwilligung unter der Bedingung, daß man das Geschäft künftig wollen wird, ist regelmäßig Erklärung der Nichteinwilligung .... Es ist gleichwohl nicht unmöglich, ein Geschäft schon jetzt unter der Bedingung künftiger willkürlicher Genehmigung abzuschließen, sofern man dies etwa will. So ist es beim Kauf auf Probe. Es liegt hierin nichts Widersinniges. Denn der Wille, einen Kontrakt zu schließen, ist ein anderer als der zur Bedingung erhobene Wille, das Geschäft zu bestärken. Ersterer hat nur Bedeutung, wenn er acceptirt wird, letzterer wirkt einseitig

21) Civ.Arch. XLVI S. 266 fg.

22) Kauf II S. 221 fg.

22a) Wendt S. 75 meint, die Bezeichnung eines solchen unverbindlichen Kaufs als emtio conditionalis „ergebe sich von selbst, da die Forderung, welche der Käufer erwirbt, für ihn dem Erfolge nach doch noch sub conditione stehe"; allein man könnte dann doch nur von einer bedingten Forderung aus dem bindenden Versprechen des Verkäufers reden, nicht aber den völlig unverbindlichen Kauf einen bedingten nennen.

mit seiner Abgabe[23])". Diese Auffassung und Erklärung scheint mir nicht stichhaltig zu sein[24]). Wer ein Geschäft unter der Bedingung „künftiger willkürlicher Genehmigung" desselben abschließt, bindet sich nicht einmal bedingt: er erklärt für den Fall gebunden sein zu wollen, daß er später erklären sollte, gebunden sein zu wollen. Gewiß kann man sich durch „Verweisung auf künftige Entschlüsse" bedingt binden: aber wenn dieser künftige Entschluß in nichts anderem bestehen soll, als in dem Entschluß, seine Gebundenheit zu genehmigen, d. i. gebunden sein zu wollen, so ist man thatsächlich ungebunden. Ein Verpflichtungswille, der sich von dem künftigen Willen der Verpflichtung abhängig macht, ist nicht ein bedingter, sondern ein sich selbst aufhebender Verpflichtungswille. Dernburg verwechselt überdies die Bestärkung eines perfekten Geschäfts mit der Perfektion eines bedingten Geschäfts: beim Kauf auf Probe bestärkt der Käufer, indem er die Waare genehmigt, das Geschäft nicht, sondern er erfüllt die Bedingung und purifizirt hiermit den Kauf.

Bei diesem Stande der Lehre wird es wohl nicht unpassend befunden werden, wenn ich dieselbe neuerdings zum Gegenstande der Untersuchung und Erörterung mache.

I.

Die herrschende Doktrin stellt bekanntlich die Regel auf, daß bei suspensivbedingten Verpflichtungsgeschäften die Bedingung nicht auf das bloße Wollen (voluntas) oder die

---

23) Pandekt. I §. 108. II §. 95. Im Wesentlichen dieselbe Ansicht hat Dernburg in seinem Lehrb. des preuß. Privatr. I §. 92. II §. 153 ausgesprochen.

24) Auch Bechmann II S. 215 Note 1 hat diese Ansicht als „unhaltbar" erklärt.

reine Willkür (merum arbitrium) des Verpflichteten, wohl aber auf eine anderweitige Handlung desselben gestellt werden kann, deren Vornahme lediglich von seiner Willkür abhängt[25]). Diese Regel, welche ich (Zeitschr. f. Handelsr. III S. 391 fg.) eingehend zu begründen versucht habe, halte ich ungeachtet der eindringlichen Gegenausführungen Fitting's (Zeitschr. f. Handelsr. V S. 119 fg.) nach wie vor für richtig: sie ist sowohl in den Quellen als in der Natur der Sache begründet[26]). Der Sinn dieser Regel geht dahin, daß die Bedingung nicht auf den Verpflichtungswillen, wohl aber auf einen von dem Verflichtungswillen an sich verschiedenen Umstand gestellt werden kann, wenngleich die Verwirklichung desselben von dem Willen des Verflichteten abhängig ist: der Eintritt der Verpflichtung kann nicht unmittelbar und geradezu, wohl aber mittelbar und indirekt, dem Erfolge und der Wirkung nach, dem Verpflichteten anheimgestellt werden.

Die Richtigkeit und Verwerthbarkeit dieser Regel soll nunmehr an einigen Stellen geprüft werden, von welchen Fitting annimmt, daß sie nur mittelst der von ihm behaupteten Fassung der Regel befriedigend erklärt werden können.

Es kommen hier zunächst zwei Stellen in Betracht.

1. L. 46 §. 2 D. de V. O. (45. 1): Si ita stipulatus fuero: quum volueris, quidam inutilem esse stipulationem aiunt; alii ita inutilem, si antequam constituas morieris, quod verum est. (§. 3 Illam autem stipulationem: si volueris dari, inutilem esse constat.)

---

25) Windscheid I §. 93 hat diese Regel dialektisch entwickelt und schärfer zugespitzt. Vgl. auch Arndts in der Forts. von Glück XLVI S. 352. 353 Note 72.

26) Diese Regel findet sich im preuß. Landr. I 4 §. 108 fg., im sächs. Gesetzb. §. 876. 2124, im Cod. civ. ital. art. 1162, im baier. Entw. I Art. 35 und im Dresden. Entw. Art. 107. Es ist aber sehr fraglich, ob eine solche lehrbuchartige Regel in ein Gesetzbuch gehört.

Fitting sieht in dieser von Paulus herrührenden Stelle einen evidenten Beweis dafür, daß es nur auf den Wortlaut, die Fassung der Bedingung ankomme[27]). „Wir haben hier der Sache nach eine Stipulation unter der Bedingung, daß der Promissor später erklären werde, leisten zu wollen. Hier ist nun gewiß die Bedingung und der Eintritt der Verpflichtung materiell auf das bloße Wollen, das reine Belieben des Verpflichteten gestellt.“ In der That haben wir es hier aber nicht mit einer bedingten, sondern mit einer betagten Verpflichtung zu thun. Nicht die Erfüllungspflicht, sondern die Erfüllungszeit ist in die Willkür des Promittenten gestellt: nicht der Eintritt der Verpflichtung, sondern die Realisirung derselben ist von seinem Belieben abhängig[28]). Allerdings kann der Verpflichtete die Leistung fortwährend hinausschieben und dadurch seine Verpflichtung vereiteln und frustriren, da die Verbindlichkeit aus einem solchen Versprechen nicht auf die Erben übergeht.[29]) Das quum (wann, sobald) hat hiernach den praktischen Effekt eines si (wenn, falls) und der Promittent ist dem Resultat nach eben so ungebunden, wie wenn er unter der Bedingung: si voluero versprochen hätte, da zwar sein Verpflichtungswille ge-

---

27) Zeitschr. V S. 158. 159. Civ.Arch. XLVI S. 270. 271.

28) Hiernach ist die Ausführung im System des österr. Privatr. II §. 83 Note 33 zu berichtigen.

29) Dies ist wohl aus dem strengen Festhalten an dem Wortlaut der Willenserklärung bei Stipulationen zu erklären (vgl. Windscheid I §. 93 Note 4). Neuere Gesetzgebungen lassen mit Recht die Verpflichtung aus einem Versprechen dieser Art auf die Erben übergehen: österr. Gesetzb. §. 904; sächs. Gesetzb. §. 715; Dresden. Entw. Art. 268. — Bei Vermächtnissen: quum heres voluerit geht schon nach röm. Recht die Entrichtungsverbindlichkeit als eine sofortige auf die Erben über, doch muß der Bedachte die Erklärung des Onerirten, leisten zu wollen, oder dessen Tod erleben. L. 11 §. 6. L. 41 §. 13. D. de leg. III cf. L. 20 D. de manum. 40. 4. Arndts in der Fortsetz. von Glück XLVI S. 348. 349.

bunden, sein Erfüllungswille aber ungebunden ist. Aus diesem Grunde waren denn auch manche römische Juristen der Ansicht, daß eine solche stipulatio inutilis sei, während Paulus mit Recht die entgegengesetzte Ansicht vertrat[30]). Erklärt nämlich der Promittent, leisten zu wollen, so wird dadurch seine Verbindlichkeit nicht existent, sondern es wird seine von vornherein vorhandene Verpflichtung nunmehr auch realisirbar. Der sachliche Unterschied zwischen einer Stipulation: si volueris und einer Stipulation: quum volueris zeigt sich denn auch darin, daß das letztere Versprechen nicht pro non dicto ist (L. 8 D. de O. et A. 44. 7) und daß es daher nicht einer neuen Stipulation bedarf, sondern daß eine einfache und formlose Erklärung, leisten zu wollen, genügt, um die von Anfang an bestehende Verpflichtung wirksam zu machen.

2. L. 11 §. 5 D. de leg. III: Sic fideicommissum relictum: „nisi heres meus noluerit, illi decem dari volo," quasi conditionale fideicommissum est et primam voluntatem exigit; ideoque post primam voluntatem non erit arbitrium heredis dicendi noluisse. (Ulp.)

Auch in dieser Stelle glaubt Fitting einen entscheidenden Beweis dafür zu finden, daß nur eine ausdrücklich auf das Belieben des Onerirten gestellte Bedingung des Vermächtniß ungültig mache, da das non nolle doch in der That nichts anderes sei als das velle[31]). Allein es besteht vielmehr ein sachlicher Unterschied zwischen den Bedingungen: nisi heres noluerit und si heres voluerit. In jenem Falle

---

30) Es gilt also dasselbe, was Ulpian in Ansehung fideicommissarischer Freilassungen sagt: Quamquam autem in heredis arbitrium conferri, an debeatur (sc. libertas), non possit, quando tamen debeatur, conferri potest. L. 46 §. 4 D. de fid. lib. (40. 5).

31) Zeitschr. V S. 156. 157. Civ.Arch. XLVI S. 269. 270.

ist nämlich „der Honorirungswille des Erblassers nicht wie in diesem von dem Willen des Erben, sondern von dem Nicht-Nichtwollen, dem Nichtwiderspruch desselben abhängig gemacht, so daß, wenn sich dieser nicht dagegen erklärt, die Erklärung des Erblassers aufrecht und wirksam bleibt[32]).“ Indirekt freilich verdankt der Bedachte das ihm vom Erblasser Zugewendete auch dem Erben, der dies durch seinen Widerspruch hätte vereiteln können, wie es auch der Honorirte mittelbar der Gunst der Elemente dankt, wenn die Bedingung: si navis ex Asia venerit in Erfüllung geht: der Nichtwiderspruch ist aber wie der günstige Wind nicht die causa efficiens der Zuwendung, sondern die causa effectus derselben.

II.

Letztwillige Anordnungen können nicht direkt in den Willen eines Dritten verstellt werden, wohl aber indirekt indem die Honorirung an eine anderweitige Bedingung geknüpft wird, deren Verwirklichung von der reinen Willkür des Dritten abhängt. L. 68 D. de hered. instit. 28. 5 (Pompon.)[33]).

---

32) System VI §. 57 Anm. 1 und hiermit übereinstimmend Arndts in der Forts. XLVI S. 354. 355. Vangerow II S. 96. Wendt, Neurecht II S. 71. — Windscheid I §. 93 Note 4 legt das entscheidende Gewicht darauf, daß die Verfügung lautet: „Du sollst, wenn du nicht sofort Nein sagst.“ Allein die Worte des Erblassers in L. 11 §. 5 cit. enthalten dieses „sofort“ nicht und erst Ulpian deutet die Anordnung dahin, daß sie primam voluntatem exigit. Und wäre etwa ein Legat nichtig, wenn der Erblasser die Bedingung gestellt hätte: nisi heres meus intra certum tempus noluerit?

33) Si quis Sempronium heredem instituerit sub hac conditione: si Titius in Capitolium ascenderit, quamvis non alias heres esse possit Sempronius, nisi Titius ascendisset in Capitolium, et hoc ipsum in potestate sit repositum Titii: quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, erit utilis ea institutio. Atquin, si quis ita scripserit: si

L. 52 D. de cond. 35. 1 (Modestin.)[34]. In diesen beiden Stellen und dem darin ausgesprochenen Satze: expressa nocent, non expressa non nocent findet Fitting den entscheidenden Beweis für die Richtigkeit der von ihm proponirten Fassung der Regel[35]. Allein der Unterschied zwischen den Bedingungen: si Tertius voluerit und si Tertius Capitolium ascenderit ist in der That ein materieller und sachlicher.[36] Im ersteren Falle würde der Honorirte Erbe oder Legatar durch den Dritten, in letzterem Falle wird er es nur mittelst des Dritten: dort wäre der Dritte, dessen Willen der Erblasser sich unterordnet, der Urheber der Zuwendung, hier bleibt der Erblasser der Auktor der Zuwendung und es hängt nur der Erfolg derselben von der Handlung des Dritten ab: dort wäre der Wille des Dritten constitutiv, hier ist er nur contributiv[37].

In Ansehung von Vermächtnissen scheint jedoch in

Titius voluerit, Sempronius heres esto, non valet institutio. Quaedam enim in testamentis si exprimantur, effectum nullum habent, quando, si verbis tegantur, eandem significationem habeant, quam haberent expressa, et momentum aliquod habebunt . . . .

34) Nonnunquam contingit, ut quaedam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intelligi potuissent nec essent obfutura. Quod evenit, si alicui ita legatur: Titio decem do lego, si Maevius Capitolium ascenderit; nam quamvis in arbitrio Maevii sit, an Capitolium ascendat et velit efficere, ut Titio legatum debeatur, non tamen poterit aliis verbis utiliter legari: si Maevius voluerit, Titio decem do, nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest. Inde dictum est: Expressa nocent, non expressa non nocent.

35) Zeitschr. II S. 234 fg. V S. 164 fg.

36) Unger, Zeitschr. III S. 204 fg. System VI §. 14 Anm. 4. §. 57 Anm. 2.

37) Vgl. Ihering in den Jahrb. X S. 300 fg. Bechmann II S. 217 Note 1 meint, daß zwischen diesen beiden Bedingungen „ein ethischer (?) Unterschied bestehe, über dessen innere Berechtigung man verschiedener Ansicht sein kann".

dieser Beziehung unter den römischen Juristen Meinungsverschiedenheit bestanden zu haben[37a]). Es ist für den Gang der folgenden Untersuchung von Wichtigkeit, das Vorhandensein dieser Differenz, welche von manchen neueren Schriftstellern in Abrede gestellt wird, zu constatiren und den Sinn und die Bedeutung derselben festzustellen[38]).

Es sind drei Stellen, welche sämmtlich von Ulpian herrühren, die hier in Betracht kommen.

L. 1 pr. D. de leg. II. In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest; quid enim interest: si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legatur, an: si voluerit? Von mancher Seite wird diese Stelle dahin ausgelegt, daß Ulpian nur die Zulässigkeit der Bedingung: si Tertius Capitolium ascenderit anerkenne und daran die Bemerkung knüpfe, man könne immerhin sagen, daß es zulässig sei, ein Legat in arbitrium Tertii zu verstellen, da das ascendere in Capitolium von dem velle praktisch nicht verschieden sei[39]). Dies wäre jedoch, wie Arndts mit Recht bemerkt, eine „leere Aeußerung ohne juristischen Gehalt:" wozu hätte Ulpian eine solche Bemerkung gemacht und was wäre damit gewonnen? Die Argumentation Ulpians ist

---

37a) Nach Bekker „über den Streit der historischen und der filosofischen Rechtsschule" (Prorektoratsrede 1886) „ist um die Zeit von Ulpian und Paulus die Zahl der laufenden Controversen weit größer als beim Beginn des Schulenstreites der Prokulianer und Sabinianer" (S. 14 Note 33). Über Ulpian als Schriftsteller: Pernice in den Sitzungsber. der Berliner Akademie der Wissensch. 1885 S. 443 fg., dessen Gesammturteil (S. 484) ein abfälliges ist.

38) Die ältere Literatur über diese Controverse bei Glück XXXIII S. 444 fg., die neuere bei Arndts in der Forts. XLVI S. 355 fg.

39) Windscheid III §. 633 Note 17. I §. 93 Note 5. Vangerow II §. 432 Anm. 1 und die daselbst angeführten Schriftsteller.

vielmehr folgende[40]): Es ist unbestritten zulässig, ein Legat auf die Bedingung: si Tertius Capitolium ascenderit zu stellen; nun steht es aber in dem freien Belieben, in der reinen Willkür des Dritten, diese an sich ganz indifferente und irrelevante Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen, er hat daher, wie allgemein anerkannt wird (L. 52 D. cit. L. 68 cit. L. 4 §. 7 D. de statul. 40.7), das Schicksal des Legats vollständig in seiner Hand, so daß es von seinem Willen abhängt, ob der Honorirte das Zugedachte erhält oder nicht: warum sollte es dann nicht auch gestattet sein, das Vermächtniß geradezu und direkt auf den Willen des Dritten zu stellen? Ulpian folgert also aus der Zulässigkeit der Bedingung: si Tertius Capitolium ascenderit die Zulässigkeit der Bedingung: si Tertius voluerit. Mit Rücksicht auf das praktische Resultat, welches in beiden Fällen ganz das gleiche ist, äquiparirt Ulpian die beiden Bedingungen: da man das Legat indirekt in die reine Willkür eines Dritten stellen kann, so kann man dies auch direkt thun. Die gleiche Schlußfolgerung zieht Ulpian in L. 46 §. 2 D. de fid. lib. (40.5) und stellt dann allgemein und prinzipiell die Regel auf L. 43 §. 2 D. de leg. I: Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest: man kann ein Legat direkt und indirekt in den Willen eines Dritten, nicht aber des Erben stellen[41]).

---

40) Ich habe dies schon in der Zeitschr. III S. 401 fg. näher ausgeführt.

41) Während die Schriftsteller, welche „den scheinbaren Widerstreit durch Interpretation aufzuheben" suchen, die L. 46 §. 2 cit. aus dem beliebten favor libertatis erklären, müssen sie zugeben, „daß es bisher nicht gelungen ist, eine vollkommen befriedigende Erklärung der L. 43 § 2 cit., durch welche der Widerspruch beseitigt wird, zu finden" (Windscheid III §. 633 Note 17): es wird dies auch wohl nicht gelingen, solange man an der Uebereinstimmung von Ulpian und Modestin festhält. Dagegen auch Wendt II S. 68. 69.

Aus den früher angeführten sachlichen Gründen muß für das justinianische und heutige Recht die Ansicht Ulpian's verworfen und der Meinung Modestin's beigepflichtet werden: die beiden Bedingungen kommen zwar dem praktischen Erfolge nach auf dasselbe hinaus, sie sind aber dem Gegenstand und Inhalt nach grundverschieden und dürfen daher einander nicht gleichgestellt werden. Dies ist denn auch die herrschende Ansicht [42]).

III.

Es steht außer allem Zweifel und ist, wie in der Natur der Sache begründet, so auch durch eine Anzahl von Quellenstellen bezeugt, daß eine Verpflichtung nicht direkt in das Belieben des zu Verpflichtenden (Promittenten oder Erben) gestellt werden kann: ein Verpflichtungswille, der von dem eigenen Willen, verpflichtet zu sein, abhängig ist (si volam), ist nicht ein bedingt gebundener, sondern ein ganz ungebundener Wille. L. 8 D. de O. et A. (44.7). L. 46 §. 3. L. 108 §. 1 D. de V.O. (45.1). L. 13 C. de contr. emt. (4.38). — L. 32 D. de her. inst. (28.5). L. 7 §. 1 D. de reb. dub. (34.5).

Läßt sich aber das Dasein der Verpflichtung auch nicht indirekt in den Willen des Verpflichteten stellen? Um über diese Frage klar zu werden, muß man zwei Kategorieen von Bedingungen unterscheiden [43]).

---

42) Dieser Ansicht ist auch Mommsen in seinem Entw. eines deutsch. Reichsges. über das Erbrecht (1876) §. 360 in Verbindung mit §. 92 vgl. dazu S. 204. 205. 373 gefolgt. Die „freiere (?) Rechtsansicht" Ulpian's acceptiren Fitting, Zeitschr. V S. 119 Note 44, S. 144 fg. 164 fg. 168 fg. und Arndts S. 360 fg.; gegen Ersteren Unger, System VI §. 57 Anm. 2, gegen Letzteren Serafini, Arch. giur. III p. 166 sq. (dieses Citat nach Windscheid).

43) Vgl. Regelsberger, Altersvorzug §. 17 S. 52 fg., dem Windscheid I §. 93 sich anschließt.

Die eine Kategorie umfaßt alle Handlungen, an denen der eventuell Verpflichtete ein selbständiges Interesse hat[44]. Da auf die Vornahme einer solchen Handlung anderweitige Motive bestimmend einwirken, so steht der Eintritt der Verpflichtung nicht in dem reinen Belieben (mera voluntas), oder in der vollen Willkür (plenum arbitrium) des Verpflichteten. Wer für den Fall einer Reise X verspricht, kann es allerdings unterlassen, die Reise zu unternehmen und dadurch den Eintritt seiner Verpflichtung verhindern, aber er kann dies eben nur um den Preis seines Verzichts auf die Reise. Anders verhält es sich dagegen in jenen Fällen, wo die Bedingung auf eine Handlung gestellt ist, die an sich ganz indifferent und irrelevant ist und an deren Vornahme der eventuell Verpflichtete kein selbständiges Interesse hat. In solchen Fällen wird sich derselbe nur durch die Rücksicht auf die Folgen seines bedingten Versprechens leiten lassen und die als Bedingung gestellte Handlung nur vornehmen, wenn er eben den Eintritt seiner Verpflichtung herbeiführen will, da die Unterlassung der gleichgültigen Handlung ihm keinerlei Nachtheile bringt: das Dasein seiner Verpflichtung ist in seine volle Willkür, in sein reines Belieben gestellt.

In Ansehung der ersten Kategorie wird unter den römischen Juristen wohl niemals Zweifel über die Zulässigkeit solcher Bedingungen geherrscht haben. Anders verhält es sich in Hinsicht der zweiten Kategorie: hier ist es bei der Subtilität des Gegenstandes von vornherein wahrscheinlich, daß Meinungsverschiedenheit geherrscht haben wird, wie eine solche ja auch unter den heutigen Juristen besteht. Die Frage läßt sich mit Rücksicht auf das stehende Beispiel der Quellen so formuliren: Ist ein Legat unter der Bedingung: si heres Capitolium

---

44) Vgl. Bechmann II S. 215 fg.

ascenderit gültig? Ist ein Versprechen unter der Bedingung: si in Capitolium ascendero (non ascendero) gültig[45])?

Paulus erkennt die Gültigkeit eines solchen Vermächtnisses ausdrücklich an. L. 3 D. de leg. II. Si ita legetur: heres dare damnas esto, si in Capitolium non ascenderit, utile legatum est, quamvis in potestate ejus sit, ascendere vel non ascendere. Es wird heutzutage allgemein anerkannt, daß in dieser Stelle von einer dem Erben, nicht etwa dem Legatar, gestellten Bedingung die Rede ist[46]). Da nun zu Paulus' Zeiten ein legatum poenae nomine ungültig war (Ulp. XXIV 17. XXV 13. Gaj. II §. 235. 288. §. 36 J. de leg. 2.20), so enthält jener Ausspruch einen sichern Beleg für die Zulässigkeit von Bedingungen, welche auf eine ganz indifferente und eines selbständigen Interesses entbehrende Handlung des Onerirten gestellt sind.

Paulus muß daher auch eine Stipulation unter einer solchen Bedingung für gültig gehalten haben, da sich für eine verschiedene Behandlung von Stipulation und Legat in dieser Beziehung kein Grund denken läßt. Wenn also Paulus in L. 46 §. 3 D. de V.O (45.1) eine Stipulation unter der Bedingung: si voluero für ungültig erklärt, so darf man annehmen, daß er dagegen die Bedingung: si Capitolium ascendero für zulässig gehalten hat.

Ebenso darf man wohl aus L. 8 D. de O. et A. (44.7) und L. 108 §. 1 de V.O. (45.1) schließen, daß Pomponius und Javolenus nur die Bedingung: si volam, nicht

45) Bechmann S. 216 bezeichnet das „Schulbeispiel vom Spaziergang auf das Capitol" als „absurd" und schließt Fälle dieser Art aus dem Kreise seiner Betrachtung gänzlich aus.

46) Auch Vangerow II §. 432 hat infolge der in der Zeitschr. III S. 401 Note 11 gemachten Bemerkung seine frühere Ansicht in der 7. Aufl. (S. 95) aufgegeben. Vgl. auch Arndts XLVI S. 351 Note 70.

auch die Bedingung: si Capitolium ascendero für unverträglich mit einer bindenden Verpflichtung angesehen haben. Für Pomponius ergibt sich dies auch schon aus der Unterscheidung, die er in L. 68 D. de her. inst. (28.5) zwischen den beiden Bedingungen macht, und in L. 27 §. 1 D. de V.O. (45.1) geht Pomponius, ebenso wie Celsus (L. 99 §. 1 D. de eod.) und Papinian (L. 115 §. 1 D. eod.) von der Gültigkeit der Stipulation: si Capitolium non ascendero aus und setzt dieselbe geradezu voraus[47]).

Anderer Ansicht jedoch muß Ulpian gewesen sein. Wie früher gezeigt wurde, sieht Ulpian die auf velle und auf Capitolium ascendere gerichteten Bedingungen für wesensgleich an und behandelt sie als völlig gleichwerthig, weil das Gehen auf's Capitol in arbritrio (in potestate) repositum est und die darauf gestellte Bedingung eandem significationem habet wie die Bedingung: si voluerit (L. 68 cit. D. 28. 5 L. 52 cit. D. 35. 1). Wenn nun Ulpian aus der unbestrittenen Zulässigkeit der Bedingung: si Tertius Capitolium ascenderit, auf die Zulässigkeit der Bedingung: si Tertius voluerit schließt (L. 1 pr. D. de leg. II), so muß er umgekehrt aus der unbestrittenen Unzulässigkeit der Bedingung: si heres voluerit auf die Unzulässigkeit der Bedingung: si heres Capitolium ascenderit geschlossen haben[48]). Die von Ulpian aufgestellte allgemeine Regel: Legatum

---

47) Diese drei letzten Stellen könnten aber auch von Pönalstipulationen zu verstehen sein; in diesem Falle würden sie ihre Beweiskraft verlieren.

48) Dem steht auch L. 2 D. de cond. 35.1 (von Ulpian) nicht entgegen: die hier gestellte Bedingung: si Capitolium ascenderit ist nicht auf den Erben als Onerirten, sondern auf den Honorirten (cf. L. 1 §. 8 si quis omiss. 29.4) oder einen Dritten zu beziehen, wie sich aus dem andern Beispiel ergiebt: si decem dederit. Vgl. jedoch Fitting V S. 173 fg.

in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest (L. 43 §. 2 D. de leg. I) drückt somit aus, daß ein Vermächtniß weder direkt noch indirekt in die reine Willkür des Erben gestellt werden kann[49]). Den gleichen Sinn haben die beiden Aussprüche Ulpian's: In heredis arbitrium conferri non potest, an debeatur (L. 46 §. 4 D. de fid. lib. 40. 5) und: Stipulatio non valet, in rei promittendi arbitrium collata conditione (L. 17 D. de V. O. 45. 1)[50]).

Von diesem Gesichtspunkt aus beurtheilt und behandelt Ulpian auch jene Bedingungen, welche auf das rein subjektive, völlig freie Urtheil des Verpflichteten über einen bestimmten Umstand gestellt sind. Da der Verpflichtete in einem solchen Fall urtheilen kann, wie er will, da er nach seinem bloßen Gutdünken und nach seinem beliebigen Er-

49) Von modernen Juristen sieht auch Regelsberger S. 58 die auf velle und auf Capitolium ascendere gestellten Bedingungen für gleichwerthig an und hält auch eine auf letztere Bedingung gestellte Verpflichtung (im Zweifel) für ungültig. Zu dem gleichen Resultate müßte, wie Fitting im civ. Arch. XLVI S. 265. 266 mit Recht bemerkt, auch Windscheid consequent gelangen. — Auch die französischen Juristen, welche doch die Vorschrift des art 1174 Code. civ. möglichst einzuschränken suchen, erklären ein Versprechen unter der Bedingung: si je vais me promener aux Tuileries für nichtig und Demolombe II p. 310 sucht dies mit der Bemerkung zu rechtfertigen: de tels faits, tout à la fois si faciles et si inutiles, se réduisent à un acte de pure volonté. Vgl. auch Fitting V S. 120 Note 45.

50) Den Einwand, daß Ulpian doch Pönalstipulationen aller Art für gültig hält (L. 69. 71 D. de V.O. 45.1), habe ich wohl nicht zu befürchten. Zwischen poena und conditio, zwischen Strafversprechen und (reinem) bedingten Versprechen besteht eben ein principieller und wesentlicher Unterschied (L. 2 D. de his, quae poen. 34. 6. L. 115 §. 2 D. de V.O. 45.1): dort besteht eine unbedingte Verpflichtung und das bedingte Strafversprechen soll die Erfüllung derselben nur sichern, hier ist eine einzige Verpflichtung vorhanden und diese ist bedingt. Vgl. Windscheid II §. 286. Vangerow II §. 614 S. 338.

messen billigen oder mißbilligen kann und seine Entscheidung keiner Rechtfertigung oder Ueberprüfung unterliegt, so kommt eine solche Bedingung dem praktischen Effekt nach auf ein bloßes velle oder nolle hinaus[51]). Aus diesem Grunde sieht auch in solchen Fällen Ulpian die Bedingung als identisch an mit einer direkt auf das velle gestellten Bedingung und behandelt sie als völlig gleichwerthig.

Von Interesse ist in dieser Beziehung zunächst L. 7 pr. D. de C. E. (18. 1), welche aus einem und demselben Buche (lib. 28) Ulpian's ad Sabinum entnommen ist, wie die oben angeführte L. 17 D. de V. O. (45. 1), so daß diese beiden Stellen gegenseitig Licht aufeinander werfen. Die Stelle lautet: Haec venditio servi, si rationes domini computasset arbitrio, conditionalis est... Sed utrum haec est venditionis conditio, si ipse dominus putasset suo arbitrio, an vero, si arbitrio boni viri? Nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est, quemadmodum si quis ita vendiderit, si voluerit, vel stipulanti spondeat: si voluero, decem dabo; neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. Placuit itaque veteribus, magis in boni viri arbitrium id collatum videri, quam in domini... Die Entscheidung, welche Ulpian trifft, steht in vollem Einklang mit den seit altersher geltenden, aus den Grundsätzen des aequum et bonum abgeleiteten Regel, daß unter dem arbitrium, auf welches ein Umstand gestellt wird, nicht das liberum (merum) arbitrium, sondern das arbitrium boni viri zu verstehen ist. (L. 22 § 1 D. de R. J. L. 6. 76—78. D. pro soc. 17. 2. L. 24 pr. D. loc. 19. 2.) Allein Ulpian motivirt seine Entscheidung nicht mit dieser aus der Billigkeit abgeleiteten

51) Vgl. Bechmann II S. 217 fg.

Auslegungsregel, sondern argumentirt aus der Erwägung, daß der Verkauf, sofern unter dem arbitrium das merum arbitrium zu verstehen wäre, null und nichtig sein würde. Da es nämlich dann im reinen Belieben des Verkäufers stünde, die von dem Sklaven zu legende Rechnung zu genehmigen oder zu verwerfen[52]), so hätte der Verkäufer das Schicksal seiner Verpflichtung in völlig freier Hand und wäre praktisch ebenso wenig gebunden, wie der Verkäufer, der unter der Bedingung: si voluero verkauft.

Ulpian muß daher auch einen suspensivbedingten Kauf auf Probe (si res emtori placuerit) für ungültig gehalten haben, da es in einem solchen Falle in dem reinen Belieben (liberum arbitrium) des Käufers stünde, die Kaufsache zu billigen oder zu mißbilligen und das Dasein der Verpflichtung ex emto hiermit dem praktischen Erfolge nach der bloßen Willkür des Käufers anheimgegeben wäre. Hiermit stimmt es denn überein, daß Ulpian in L. 20 pr. §. 1 und L. 17 §. 4 D. de praescr. verb. (19. 5), wie Bechmann in überzeugender Weise dargethan hat, das obwaltende Rechtsgeschäft nicht als einen suspensivbedingten Kauf auf Probe, sondern als eine bloße Verkaufsofferte behandelt.[53])

---

52) Fitting V S. 160 fg. meint, daß die Bedingung der L. 7 pr. auf gleicher Linie stehe mit der Bedingung: si venditor uxorem duxerit, da es ja dabei auch auf die Handlung eines Dritten, die Rechnungslegung des Sklaven, ankomme, daß also diese Bedingung keine Potestativbedingung, sondern eine gemischte Bedingung sei. Allein der Herr hat den Sklaven in seiner Gewalt und kann ihn zwingen, Rechnung zu legen: „jedenfalls liegt der Schwerpunkt nicht auf der Handlung des Sklaven, sondern auf dem Urtheil des Herrn." Bechmann S. 220.

53) II S. 233 fg. Auch Fitting war in der Zeitschr. II S. 230 fg. von dieser Ansicht ausgegangen; in der Zeitschr. V S. 101 fg. unterstellt er jedoch einen suspensiv bedingten Kauf: er bringt hierdurch Ulpian mit sich selbst (L. 7 pr. D. cit. 18.1) in Widerspruch und sucht über die

In gleicher Weise beurtheilt und behandelt Ulpian in L. 46 §. 3 D. de fid. lib. (40. 5) ein Vermächtniß der Freilassung unter der Bedingung, daß der Erbe den Sklaven für würdig halte (si dignum putaveris). Ulpian entscheidet, daß es auch hier auf das arbitrium boni viri ankomme, indem er von der Voraussetzung ausgeht, daß das Vermächtniß sonst ungültig wäre, da die Verpflichtung zur Freilassung im Fall eines liberum arbitrium völlig in die Willkür des Erben gestellt wäre (totum in voluntate heredis): er stellt also mit Rücksicht auf das praktische Resultat ein solches Vermächtniß einem Vermächtniß: si heres voluerit, si ei libuerit völlig gleich. Von einer solchen Voraussetzung geht dagegen Scävola in L. 41 §. 4 D. eod. nicht aus: seine Darstellung läßt vielmehr die Annahme zu, daß er das Vermächtniß der Freilassung auch dann für gültig gehalten haben würde, wenn der Erblasser die Beurtheilung der Würdigkeit des Sklaven ausdrücklich dem freien Ermessen anheimgegeben hätte. Scävola erklärt nämlich, daß es im Fall testamentarischer Freilassung unter der Bedingung: si servi heredi placuerint nicht genüge, daß der Erbe einfach erkläre: servos non placere sibi, sondern daß es dem vermuthlichen Willen des Testators zufolge auf ein arbitrium boni viri ankomme[53a].

Es ist nunmehr die Frage, welche dieser beiden Ansichten aus inneren Gründen den Vorzug verdient. Und da zweifle ich denn nicht, daß man sich auch in diesem Falle gegen die Meinung Ulpian's entscheiden muß.

---

selbstgeschaffene Schwierigkeit dadurch hinwegzukommen (V S. 160 fg.), daß er das Vorkommen des Wortes arbitrium in dem einen Falle (L. 7 pr. cit.) urgirt, welches in dem andern Falle (L. 20 pr. §. 1 D. cit. 19.5) fehle.

53a) Vgl. Fitting V S. 98.

Was zunächst die auf Capitolium ascendere gestellte Bedingung betrifft, so ist schon früher gezeigt worden, daß dieselbe zwar dem praktischen Resultate nach auf dasselbe hinauskömmt, wie die direkt auf das velle gestellte Bedingung, daß aber beide Bedingungen durch ihren Gegenstand und Inhalt prinzipiell verschieden sind. Eine Verpflichtung, unter der Bedingung des Wollens der Verpflichtung (si voluero, si heres voluerit) enthält einen inneren Widerspruch: sie fällt in sich selbst zusammen und kann gar nicht als eine bedingte aufrecht erhalten werden. Erklärt der in der That Ungebundene, die Verpflichtung zu wollen, erfüllt er also die scheinbare Bedingung, so entsteht seine Verpflichtung erst aus dieser Erklärung, die daher auch eine formgerechte sein muß: obligatio ex voluntate statum capit. Dagegen enthält eine Verpflichtung unter der Bedingung eines Ganges auf das Capitol keinen inneren Widerspruch, sie kann als eine bedingte aufrecht erhalten werden und es ist kein Grund vorhanden, dies nicht zu thun. Unternimmt der in solcher Weise bedingt Verpflichtete den Gang auf's Capitol, so entsteht dadurch nicht erst seine Verpflichtung, sondern sie wird dadurch nur purifizirt und wirksam: obligatio ex voluntate effectum capit.

Für die Zulässigkeit solcher Bedingungen sprechen aber auch praktische Erwägungen. Es läßt sich nämlich kein sicherer und objektiver Maßstab dafür finden, ob eine Handlung ein selbständiges Interesse für den Handelnden hat oder ob sie in die Kategorie der ganz gleichgültigen und völlig indifferenten Handlungen fällt. Eine in der Regel ganz indifferente Handlung kann unter Umständen ein selbständiges Interesse haben ebenso wie eine Handlung, die in der Regel ein selbständiges Interesse hat, im gegebenen Fall desselben entbehren kann. Ein Gang aufs Capitol kann unter Um-

ständen nicht eine gleichgültige, sondern eine sehr wichtige Sache sein. Jhering und Arndts führen als Beispiel einer ganz indifferenten Handlung die Abstattung eines Besuchs an. Aber man denke an einen Besuch bei Goethe, an den Besuch eines Untergebenen bei seinem Vorgesetzten, des Bräutigams bei der Braut! Regelsberger führt als Beispiel einer auf eine relevante Handlung gestellten Bedingung das Versprechen an: „falls ich dem Titius 10 schenke, sollst auch du 10 erhalten." Es ist aber möglich, daß ich gar kein eigenes Interesse daran habe, dem Titius zu schenken, und daß ich mich daher in Ansehung der Erfüllung der Bedingung nur von der Rücksicht auf die Folgen derselben leiten lasse. Es wäre somit in jedem concreten Fall eine quaestio facti, ob die zur Bedingung gestellte Handlung in die Kategorie der relevanten oder der irrelevanten Handlungen gehört[54]). Hiermit wäre aber, wie Fitting mit Recht bemerkt hat[55]), endlosen Streitigkeiten Thür und Thor geöffnet, deren Entscheidung überdies mit großer Schwierigkeit und Unsicherheit verbunden wäre. Aus diesen praktischen Erwägungen wird man daher gut thun, der Ansicht des Paulus beizupflichten und eine Verpflichtung unter der typischen Bedingung des Capitolium ascendere[56]) für gültig zu erklären, quamvis in potestate rei sit, ascendere vel non ascendere[57]).

Nicht anders verhält es sich mit den Bedingungen, welche auf das freie Urtheil (liberum arbitrium) des Verpflichteten über einen bestimmten Umstand gestellt sind. Ja in manchen

54) Regelsberger S. 54.

55) Civ.Arch. XLVI S. 263 fg.

56) „Nur deswegen ist doch das in Capitolium ascendere so beliebt, weil es am schärfsten zeigt, daß conditionis eventus ex voluntate pendet." Wendt, Reurecht II S. 65.

57) Vgl. auch Arndts XLVI S. 350 fg.

Fällen dieser Art wird der eventuell Verpflichtete nicht einmal ganz so freie Hand haben, wie bei der Bedinguug eines Ganges auf das Capitol, da ein gewissenhafter und rechtlicher Mann, wenn es sich um die freie sittliche Würdigung eines Umstandes handelt, nicht urtheilen wird, wie er will, sondern wie er soll. Eine derartig bedingte Verpflichtung enthält gleichfalls keinen inneren Widerspruch: der Wille macht sich zunächst und an sich abhängig von dem freien Urtheil über einen bestimmten Gegenstand[58]). Allerdings hat es der bedingt Verpflichtete in seiner Macht, durch die Erklärung seiner keiner Begründung bedürfenden und keiner Controlle unterliegenden Mißbilligung die Verpflichtung zu vereiteln. Erklärt er aber seine Billigung, so ist dieselbe nicht die causa efficiens seiner Verpflichtung, sondern die causa effectus derselben. Gewiß ist es ganz in der Ordnung, das dem Erben vom Erblasser eingeräumte Ermessen im Zweifel von einem arbitrium boni viri zu verstehen. Allein eine solche Auslegung ist ausgeschlossen, wenn der Erblasser bestimmt und ausdrücklich einen anderen Willen äußert. Man nehme zum Beispiel folgenden Fall. Ein Erblasser ordnet an, daß sein Erbe dem A ein Studienstipendium auszahlen solle, falls er den A dessen würdig befinde, und erklärt ausdrücklich, daß der

58) Nur in dem Falle enthielte die Erklärung einen inneren Widerspruch, wenn die Verpflichtung auf das freie Urtheil des Verpflichteten über die Verpflichtung selbst gestellt wäre, da hierdurch die Verpflichtung unmittelbar in den Willen des Verpflichteten gestellt würde. Ein Legat unter der Bedingung: si heres putaverit, aestimaverit u. dergl. (falls der Erbe es für gut findet, es billigt u. dergl.) ist in der That völlig identisch mit einem Legat unter der Bedingung: si heres voluerit. Ein solches Legat ist als direkt in die Willkür des Erben gestellt ungültig und kann nur dadurch aufrecht erhalten werden, daß man ein arbitrium boni viri unterstellt. L. 75. L. 11 §. 7 D. de leg. III. L. 17. L. 46 §. 3 D. de fid. lib. (40.5).

Erbe nach seinem eigenen freien Ermessen über die Würdigkeit des A zu befinden habe. Weshalb sollte eine solche Anordnung nicht Gültigkeit und Wirksamkeit haben? Wenn der Erbe den A für würdig erklärt und ihm die Summe auszahlt, so macht er hiermit gewiß keine Schenkung, sondern er realisirt den Willen des Erblassers und entrichtet hiermit ein Vermächtniß.

Diese aus inneren Gründen und praktischen Erwägungen getroffene Entscheidung der Controverse muß für das justinianische und das heutige Recht als die positiv zu Recht bestehende anerkannt werden. In §. 4 J. de emt. (3. 23) nimmt Justinian die Gültigkeit eines Kaufs unter der Bedingung: si res emtori placuerit an. Die Zulässigkeit von Bedingungen, welche auf das freie Urtheil des Verpflichteten über einen bestimmten Umstand gestellt sind, ist hiermit anerkannt und es ist um so weniger Grund vorhanden, die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts unter der Bedingung des Capitolium ascendere anzuzweifeln.

IV.

Wer eine Sache kaufen will, wird in der Regel dieselbe zuerst besehen um zu prüfen, ob sie seinen Anforderungen entspricht, und hierauf erst den Kauf abschließen: das Urtheil über die Sache geht dem Willensentschluß und dem Vertragsabschluß voraus. Es kommt jedoch aus manchen Gründen vor, daß der Entschluß, die Sache zu erwerben, im vorhinein gefaßt und erklärt wird mit dem Vorbehalte nachträglicher Prüfung und Genehmigung der Sache: das Urtheil über die Sache folgt dem Willensentschluß und dem Vertragsabschluß nach. Auf diese Weise entsteht der suspensivbedingte Kauf auf Probe oder Besicht. Der Käufer erklärt: ich will die Sache gekauft haben für den Fall, daß sie mir ge-

fällt (si res mihi placuerit, erit mihi emta). Suspendirt ist also weder der Entschluß zu kaufen noch der Abschluß des Kaufvertrags[59]): in suspenso bleibt nur das Urtheil über die Sache und von dem Ausfall desselben hängt der Bestand und die Wirksamkeit des Vertrages ab. Nun ist das Urtheil des Käufers über die Sache allerdings ein völlig freies und uncontrollirbares: er kann aus welchen Gründen immer, auch aus nachträglicher Unlust am Handel, erklären, daß er die Sache nicht annehmbar finde und hiermit die Erfüllung der Bedingung vereiteln. Das Schicksal des Kaufes steht somit in seiner Hand, aber doch nur mittelbar: was zunächst und an sich ihm anheimgegeben ist, ist die Erfüllung oder Vereitelung der Bedingung durch die Erklärung der Billigung oder Mißbilligung der Sache: ex voluntate conditionis eventus pendet. Gerade dadurch aber unterscheidet sich die Bedingung: si res mihi placuerit von der Bedingung: si voluero[60]) und der mit dieser völlig identischen Bedingung: si emtio mihi placuerit (Note 58). Beide Bedingungen

---

59) Dies verkennt Wendt, Reurecht II S. 64 fg. Aber der Entschluß, die Sache käuflich zu erwerben, ist in diesem Falle nicht minder bereits vorhanden und erklärt, als wenn eine Sache unter der Bedingung gekauft wird, daß dieselbe eine gewisse Eigenschaft habe: der Unterschied besteht nur darin, daß die Prüfung in letzterem Falle keine freie und subjektive ist (vgl. Hahn, Comm. II S. 245). Wenn jemand ein gutes Reitpferd dringend braucht und nun ein Pferd auf Probe kauft, so ist an seinem vorhandenen Entschluß, dasselbe zu erwerben, um so weniger zu zweifeln, als er es vielmehr bedauern wird, wenn er das Pferd als unbrauchbar zurückgeben muß und sein Entschluß somit hinfällig wird. Der Käufer auf Probe, der die Waare prüft, prüft die gekaufte, nicht die zu kaufende Waare.

60) Gegen die Meinung von Windscheid I §. 93 Note 6, II §. 387, daß die Bedingung: si res mihi placuerit eine „bloße Verkleidung der Bedingung des Wollens" sei, vgl. die treffenden Bemerkungen Fitting's im Arch. XLVI S. 164 fg.

kommen zwar dem praktischen Resultate nach auf dasselbe hinaus, sie sind aber dem Gegenstand und Inhalt nach verschieden: dort ist das Dasein der Verpflichtung nur mittelbar, hier ist es unmittelbar in die Willkür des Käufers gestellt. Würde der Käufer erklären, daß die Sache zwar die gewünschten Eigenschaften besitze und ihm gefalle, daß er aber aus diesem oder jenem Grunde (weil er die Sache nicht mehr benöthige, weil er mittlerweile eine gleiche Sache geschenkt oder vermacht erhalten habe, weil ihm der Preis nachträglich zu hoch scheine, weil sich seine Vermögensverhältnisse geändert haben u. dgl.) den Kauf nicht mehr wolle, so wäre er gleichwohl definitiv gebunden, da die Bedingung auf die Billigung der Sache gestellt ist und der Käufer durch seine Erklärung die Bedingung erfüllt hat[61]): der Käufer hat eben die Waare zu genehmigen, nicht den Kauf[62]).

Die Gültigkeit des suspensivbedingten Kaufs auf Probe steht somit im Einklang mit der Regel, daß der Bestand einer

---

61) Dies läßt Bechmann, S. 219. 220, ebenso wie Thöl, Handelsr. §. 259 Note 6 außer Acht. — Den sachlichen, zu einer Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung mit Nothwendigkeit führenden Unterschied der Bedingungen: si emtio mihi placuerit und si res mihi placuerit habe ich schon in der Zeitschr. III S. 407 fg. 412 hervorgehoben, ebenso Fitting, Zeitschr. II S. 239 Note 42, V S. 86. 114. Seither hat auch Scheurl, Beiträge Bd. II 2. (1871) S. 92. 93. 216 alles Gewicht darauf gelegt, daß „das Gefallen am Kauf und an der gekauften Sache völlig zweierlei Dinge sind". (Müßte aber nicht Fitting von seinem Standpunkte aus auch die Gültigkeit eines Kaufs unter der Bedingung: si emtio mihi placuerit anerkennen, da doch diese Bedingung ihrer Fassung und dem Wortlaut nach das velle nicht enthält?)

62) Auch Art. 339 H.G.B. spricht von der Genehmigung der Waare, nicht des Kaufs; ebenso die anderen in Note 5 angef. Gesetze. Wenn es in Abs. 2 des Art. 339 heißt, daß „der Käufer vor seiner Genehmigung (der Waare) an den Kauf nicht gebunden ist", so kann dies nur heißen, daß der Käufer erst durch die Genehmigung definitiv an den Kauf gebunden wird, der eben erst durch die Erfüllung der Bedingung perfekt wird.

Verpflichtung zwar nicht direkt, wohl aber indirekt in die Willkür des Verpflichteten gestellt werden kann.

Es ergiebt sich hieraus, daß die von manchen Schriftstellern vorgeschlagene Bezeichnung des Kaufs auf Probe als Handel nach Belieben[63]) oder als Kauf auf Laune[64]) mit dem wahren Wesen dieses Rechtsgeschäfts in Widerspruch steht. In den Willen des Käufers gestellt ist an sich und zunächst nur die Bedingung, nicht der Kauf[65]). Durch die Erfüllung der Bedingung, also durch die Erklärung der Genehmigung der Waare kommt der Kauf nicht erst zu Stande, sondern wird derselbe perfekt und wirksam: ex voluntate obligatio effectum capit, non statum. Uebrigens würde durch jene Bezeichnung der Kauf auf Probe nicht einmal hinreichend charakterisirt und in seiner spezifischen Eigenthümlichkeit erkennbar gemacht werden. Denn unter diesem Namen könnte auch ein Kauf unter der Bedingung eines Ganges auf das Capitol verstanden werden, quum in potestate emtoris sit, ascendere vel non ascendere.

Obgleich nun die Genehmigung der Waare in das reine Belieben des Käufers gestellt ist, so spielt im praktischen Leben

---

63) Goldschmidt, Zeitschr. I S. 118. Für diese Bezeichnung erklärt sich auch Hahn, Comm. II S. 244 Note 5. Dagegen mit Recht Fitting, Zeitschr. II S. 239 Note 42.

64) Thöl, Handelsr. II §. 259 Note 5: „Der Handel auf Besicht, auf Probe und wie man ihn sonst herkömmlich nennen mag, heißt, wenn man seine rechtliche Natur bezeichnen will, weit treffender Handel auf Laune.“ Gegen diese Bezeichnung auch Bechmann II S. 226 Note 1. Uebrigens ist der Streit über die Terminologie durch die legale Sanction des Ausdrucks „Kauf auf Besicht oder auf Probe“ im Art. 339 H.G.B. als abgeschlossen zu betrachten.

65) Auch in Art. 339 wird nur von der „in dem Willen des Käufers stehenden Bedingung“ gesprochen. Vgl. über diese nicht ganz correkte Ausdrucksweise Fitting V S. 116 Note 43.

die bloße Willkür dennoch keine große Rolle. In den meisten Fällen wird der Käufer auf Probe die Sache in der That besehen und prüfen und dieselbe, falls er findet, daß sie die gewünschten Eigenschaften hat, auch wirklich genehmigen [66]). Das Rechtsinstitut des Kaufs auf Probe ist vorwiegend ein handelsrechtliches. Im Handelsverkehr ist die Absicht, die Waare zu erwerben, eine reelle: behält sich der Käufer die nachträgliche Prüfung der Waare vor, so wird er dieselbe in der Regel auch im Ernste vornehmen und nach dem reellen Ergebniß derselben die Waare billigen oder mißbilligen: in den meisten Fällen wird sonach das erklärte Urtheil über die Sache mit dem gefundenen Urtheil über dieselbe übereinstimmen. Wie hierin der natürliche Ausgangspunkt und Entstehungsgrund dieses Rechtsinstituts liegt, so liegt darin auch der praktische Zweck und die normale Funktion desselben [67]). Allerdings kann der Käufer die Genehmigung der Waare auch bloß deßhalb versagen, weil ihn der ganze Handel nachträglich reut: aber in dieser per occasionem juris gewährten Möglichkeit, vom Kaufe loszukommen, darf nicht die eigentliche Tendenz und der Existenzgrund (die raison d'être) dieses Rechtsinstituts gesehen werden. Ist es ja doch sogar möglich, daß jemand ohne alle reelle Kaufabsicht einen Kauf auf Probe schließt, nur um sich die Gelegenheit zu verschaffen, unter diesem Vorwande ein schönes Pferd zu reiten, ein vorzügliches Instrument zu spielen, mit einem guten Spürhund auf die Jagd zu gehen u. dgl. m. Daß nun aber dennoch die Bedingung von rechts-

66) Vgl. Fitting im civ. Arch. XLVI S. 265.

67) Daraus erklärt es sich, daß in Art. 339 H.G.B. auch das „Besehen oder Prüfen" der Waare als Inhalt der Bedingung aufgenommen ist, obwohl der Käufer, auch ohne besehen oder geprüft zu haben, die Waare genehmigen oder mißbilligen kann: es ist dies eben das natürliche Mittel zur Erreichung des normalen Zwecks. Vgl. übrigens Fitting V S. 117.

wegen nicht als auf das wirkliche Gefallen der Sache, sondern als auf die beliebige Erklärung der Genehmigung gestellt gilt, daß also die Bedingung vom Recht nicht als casuelle, sondern als rein potestative aufgefaßt und behandelt wird, erklärt sich aus der Absicht, die sonst unvermeidlichen und heiklen Streitigkeiten über das effektive Gefallen der Sache von vornherein abzuschneiden: der ganze Handel soll durch die unanfechtbare Erklärung des Käufers ohne Weiterung ins Reine gebracht werden.

V.

Außer dem suspensivbedingten Kauf auf Probe gibt es noch andere Rechtsgeschäfte, welche auf Gefallen geschlossen werden. Da die Gültigkeit des Kaufs auf Probe nicht auf einer Anomalie beruht und nicht als eine Singularität aufzufassen ist, so besteht kein Hinderniß, die Rechtsgültigkeit anderer suspensivbedingter Rechtsgeschäfte dieser Art anzuerkennen.

Auf einige Combinationen, welche beim Kauf auf Probe vorkommen können, hat schon Fitting[68]) aufmerksam gemacht. Jemand kauft ein Reitpferd auf Probe und verkauft während des Schwebens der Bedingung sein eigenes Reitpferd einem Dritten für den Fall, daß ihm jenes zusagen werde. Jemand kauft ein Wagenpferd auf Probe und kauft während der Probefrist ein zweites unter der Bedingung, daß er jenes zusagend finde. Wäre der Kauf auf Probe in der That eine Singularität, so müßte in solchen Fällen das zweite Geschäft ungültig sein: „welcher Richter möchte sich jedoch dazu verstehen wollen, hier eine Ungültigkeit auszusprechen!"

Es gibt ferner nicht bloß einen Kauf auf Probe, sondern

68) Zeitschr. V S. 130. 131.

auch eine Miethe auf Probe. Jemand will über den ganzen Sommer ein Reitpferd miethen, er einigt sich mit dem Vermiether über Pferd und Preis, behält sich jedoch die Probe und Genehmigung des Pferdes vor. Die Miethe ist somit unter der Suspensivbedingung geschlossen: si res mihi placuerit. Wäre der Kauf auf Probe eine Anomalie, so müßte ein solches Geschäft ungültig sein: auf dem hier vertretenen Standpunkt hat die Anerkennung der Gültigkeit keine Schwierigkeit.

In dem eben erwähnten Falle mag man vielleicht auf die Verwandtschaft von Kauf und Miethe rekurriren und aus der wenngleich anomalen Gültigkeit des einen Geschäfts auf die Gültigkeit des andern schließen wollen. Aber auch ein Commodat kann unter der Bedingung geschlossen werden: si res mihi placuerit. Jemand hat eine Reise vor und nimmt von einem Freunde einen Pelz zur Leihe, unter der Bedingung, daß er ihn nicht zu schwer, zu groß u. dgl. finden werde. Es handelt sich hier nicht um ein pactum de commodando: der Realvertrag ist bereits geschlossen, die Sache ist bereits zu Leihe genommen: von dem freien Befund des Commodatars über die Brauchbarkeit der Sache hängt nur der Bestand und die Wirksamkeit des Leihvertrags ab. Warum sollte ein solches Rechtsgeschäft ungültig und der Commodant berechtigt sein, unter diesem Titel die Sache sofort zurückzufordern?

Wie ein Kauf unter der Bedingung: si res mihi placuerit gültig ist, so ist auch ein Kauf unter der Bedingung: si pretium mihi placuerit gültig[69]). Die beiden Bedingungen stehen im übrigen einander ganz gleich: dort behält

69) Der Käufer will z. B. noch einen sachverständigen Freund über die Angemessenheit des Preises zu Rathe ziehen.

sich der Käufer das Urtheil über die Waare, hier über den Preis vor. Beide Bedingungen müssen daher juristisch gleich behandelt werden. Wer in der Gültigkeit eines Kaufs auf Probe eine Singularität sieht, wird freilich einen Kauf unter der Bedingung nachträglicher Genehmigung des Preises für ungültig erklären müssen[70]. Wie mißlich dies aber ist, ergibt sich schon daraus, daß der Käufer auf Probe (si res mihi placuerit) die Genehmigung der Waare auch wegen Unangemessenheit des Preises versagen kann: warum sollte es dann aber unzulässig sein, dies statt auf Umwegen direkt zu thun und die Bedingung geradezu auf: si pretium mihi placuerit zu stellen?

70) So Bechmann S. 228 Note 1. S. 232.

VII.

Noch ein Wort zum Deutschen Civilprozeß.

Ein Duplik vom Herrn Geheimen Justiz- u. OLGRath **Dr. v. Kräwel** in Naumburg a/S.

1.

Bald nach Einführung unserer CPO. hob der Obertribunalsrath a. D. Dr. Sonnenschmidt in der Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß Bd. 2 S. 229 folg. als einen Hauptfehler der CPO. hervor, daß sie das ganze und ausschließliche Gewicht auf die mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Richter gelegt habe, während doch die mündliche Verhandlung mit den ausgesprochenen Worten verhalle, und davon nichts weiter zurückbleibe, als was sich dem Gedächtniß des zuhörenden Richters einprägt. Die Stärke des Gedächtnisses sei aber verschieden. Es würde deshalb vielfach vorkommen, daß Richter nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung nicht mehr mit Bestimmtheit und Schärfe wissen, was alles gesagt worden ist. Deshalb sei die Feststellung des dem Prozesse zu Grunde liegenden Thatsächlichen zum Theil dem Zufall überlassen.

Dagegen sei in der Preuß. Verordnung v. 21. Juli 1846 in sofern der allein richtige Weg eingeschlagen, als die Fest-

stellung des Thatsächlichen hauptsächlich den Schriftsätzen der Parteien überlassen war, und daß dann auf Grund dieser Schriftsätze die mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Richter stattfand.

S. 377 folg. a. a. O. tadelt aber der damalige Landrichter, jetzige Regierungsrath Vierhaus dies Preußische Verfahren wegen der unvereinbaren Vermischung der vollkommen freien Bewegung der Parteien und der Untersuchungsmaxime mit der Nothwendigkeit der schriftlichen Fixirung des ganzen Streitstoffs. Wenn das Korrektiv, welches in der leichteren Beweglichkeit der mündlichen Rede, in der Möglichkeit eines Gedankenaustausches zwischen dem erkennenden Richter und der Partei, in der Leichtigkeit der Verbesserung des gesprochenen Wortes durch ein anderes besteht, nicht gegeben ist, dann müßte die formlose Gestaltung der Parteivorbringungen allerdings zur hemmenden Fessel werden.

Gegen die von Sonnenschmidt hervorgehobene mangelnde Fixirung des Prozeßstoffs bemerkt Vierhaus S. 370 a. a. O.: ob die Gabe des Gedächtnisses im Richterstande so schwach vertreten sei, darüber könne nur die Erfahrung ihr Urtheil abgeben. Doch könne der gewissenhafte Richter seinem Gedächtnisse durch Stichworte, Stenogramme, einzelne Sätze u. dergl. zu Hülfe kommen. Die Nöthigung zur Aufmerksamkeit sei das sicherste Mittel, der Unmittelbarkeit der Verhandlung ihre thatsächliche Bedeutung zu sichern.

Beide Schriftsteller berühren jedoch nicht die maßgebende Frage: Welchen Werth nach den Vorschriften der CPO. die Richter auf den Inhalt der von den Parteien gewechselten und beim Gericht niedergelegten Schriftsätze legen müssen?

Diese Frage ist von mir Bd. 3 S. 454 folg. derselben Zeitschrift dahin beantwortet, daß kein § der CPO. hierüber etwas Bestimmtes sagt. Zwar laute § 119:

> Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gericht ist eine mündliche,

und § 128 Abs. 3 sage:

> eine Bezugnahme auf Schriftstücke statt mündlicher Verhandlung ist unzulässig.

Damit sei aber nur gesagt, daß die Entscheidung sich bloß auf das mündlich Vorgebrachte stützen darf. Es folge daraus aber nicht, daß der Inhalt der Schriftsätze für das Gericht nicht vorhanden sei, vielmehr sage die Begründung zu § 117 des Entwurfs (§ 121 der CPO.), daß die Niederlegung der Schriftsätze beim Gerichte um deshalb angeordnet sei, um eine sachgemäße Leitung des Verfahrens zu ermöglichen.

Habe somit der Vorsitzende seiner Pflicht gemäß Kenntniß von dem Inhalt der Schriftsätze genommen, so müsse er nach § 130 CPO. durch Fragen darauf hinwirken:

1. Daß der mündliche Vortrag vervollständigt werde, wenn eine Partei Thatsachen oder Beweismittel nicht angeführt hat, welche sie inhalts ihres Schriftsatzes bei der mündlichen Verhandlung geltend machen wollte, und welche nach der Ansicht des Vorsitzenden für die Entscheidung von Einfluß sein können.

2. Sollten wesentliche Widersprüche zwischen dem Inhalte der Schriftsätze und der mündlichen Erklärung einer Partei vorkommen, so müsse der Vorsitzende zur Richtigstellung des Sachverhältnisses auf diesen Widerspruch aufmerksam machen.

Demnächst ist von mir auch auf die Nothwendigkeit der Ernennung eines Berichterstatters hingewiesen und mitgetheilt, daß bei dem OLGericht in Naumburg und den Landgerichten seines Bezirks in allen Sachen schon vor der mündlichen Verhandlung Berichterstatter ernannt werden, welche gleichfalls von dem Inhalt der Schriftsätze Kenntniß nehmen, damit sie dem Vorsitzenden dabei behülflich sind: für die Vollständigkeit

der mündlichen Verhandlung zu sorgen, und die Abweichungen von dem Inhalte der Schriftsätze zur mündlichen Erörterung zu bringen.

2.

Neues Leben hat unsere Frage durch die Abhandlung: „Der Deutsche Civilprozeß in praktischer Bethätigung" gewonnen, welche der Reichsgerichtsrath a. D. Bähr im 23. Bd. dieser Jahrbücher veröffentlicht hat.

Es war vorauszusehen, daß die Gerichte die von der CPO. offen gelassene Frage verschieden beantworten würden.

So hat denn auch die von Bähr angestellte Nachforschung ergeben, daß die an das Französische Verfahren gewöhnten Gerichte dabei geblieben sind: vor der mündlichen Verhandlung sich um den Inhalt der Schriftsätze nicht zu bekümmern, wogegen bei den übrigen Deutschen Gerichten nicht nur der Vorsitzende, sondern auch fast allgemein noch ein vor der mündlichen Verhandlung ernannter Berichterstatter die Schriftsätze lesen.

Wenn nun auch jenes Ueberbleibsel des Französischen Verfahrens mit bestimmten ausdrücklichen Vorschriften der CPO. nicht im Widerspruch steht, so sind doch auch Bähr's Gegner darin einig, daß dies Verfahren nicht dem Wesen und dem Zwecke unserer CPO. entspricht.

Bähr sagt daher: es sei nunmehr dem durch die schlaffen Bestimmungen der CPO. außer Rand und Band gegangenen Verfahren wieder ein fester Halt zu geben. Es sei neben der mündlichen Rede der Schrift zu ihrem natürlichen Rechte zu verhelfen, und dadurch der Prozeß wieder auf eine solide Grundlage zu stellen. Es gelte nicht minder, die Parteien von der Bevormundung zu befreien, welche der Richter durch Aufstellung des Thatbestandes übt. Für diese Zwecke

würde es nicht einer umfassenden Umarbeitung der Proceßordnung bedürfen. Es würden verhältnißmäßig wenige Bestimmungen ausreichen.

3.

Bähr verlangt, daß die schriftlichen Erklärungen dieselbe Geltung haben sollen, wie das mündlich Vorgetragene.

Dagegen sagt der Landrichter Jäckel Bd. 30 S. 649 in Gruchot's Beiträgen: Die CPO. habe die volle Mündlichkeit dadurch erzwungen, daß nur das berücksichtigt werde, was mündlich vorgetragen ist. Mit demselben Recht könne man sagen, daß der Preußische Prozeß eine wirklich mündliche Verhandlung dadurch ausgeschlossen habe, daß er nur dasjenige berücksichtigen ließ, was schriftlich den Akten einverleibt war. Einen Mittelweg zwischen diesen beiden Grundsätzen gebe es nicht. Wollte man das schriftlich und mündlich Vorgetragene zugleich berücksichtigen, so hätte der Prozeß keine sicheren Grenzen. Was im Preußischen Prozeß mündliche Verhandlung genannt wurde, sei in Wahrheit keine gewesen, denn was das Gericht an Thatsachen zu wissen nöthig gehabt, hätte es bereits aus den Schriftsätzen gewußt, und was es aus diesen nicht wußte, war überflüssig vorzutragen, weil es vermöge der Eventualmaxime nicht mehr berücksichtigt werden durfte.

4.

Indeß ist der Prozeß doch nicht dazu da, um die Mündlichkeit in möglichster Vollkommenheit darzustellen, sondern der mündliche Vortrag ist nur eins der Mittel, welche dazu dienen, um dem Richter die Kenntniß von dem vorhandenen Prozeßstoffe zu verschaffen.

Es fragt sich also, ob der Grundsatz, daß nur das von

den Richtern Gehörte berücksichtigt werden darf, dem Wesen des Prozesses entspricht, und ob dieser dem Richter angethane Zwang nicht dem Zweck des Prozesses, dem Richter die möglichst vollständige Kenntniß von der wahren Sachlage zu verschaffen, zuwider läuft?

In der That ist dieser Zwang schädlich. Denn an und für sich bedarf es keines besonderen Zwanges, um den Anwalt dahin zu bringen, daß er Alles sagt, was er zur Herbeiführung einer seinem Machtgeber günstigen Entscheidung für dienlich hält.

Wenn man in Hinblick auf den preußischen Prozeß noch jetzt glaubt, es bedürfe dieses besonderen Zwanges, so beruht dies auf einer Verkennung der Vorzüge und Mängel des Preußischen Prozesses.

Das Verfahren nach der Allgemeinen Gerichtsordnung vom Jahre 1793 hatte durch die Verordnung vom 21. Juli 1846 eine ganz andere Gestalt gewonnen, indem durch dieselbe ein erschöpfender Schriftwechsel eingeführt wurde. An diesen knüpfte sich das schon durch die Verordnung v. 1. Juni 1833 eingeführte Referat eines Richters, worauf die mündlichen Vorträge der Parteien folgten.

Der Vorzug dieses Verfahrens bestand darin, daß der Prozeß durch den Inhalt der Schriftsätze eine feste Grundlage erhielt, der Mangel lag aber darin, daß dem mündlichen Vortrag der Parteien zu enge Grenzen gesteckt waren, weil der Vortrag des Sach- und Streitstoffs durch einen Richter erfolgte.

Es war ein Fehler, daß man nicht den Parteien selbst den Vortrag der Sachlage überlassen hatte. Die Erfahrung hat gelehrt, daß das Anhören eines solchen richterlichen Vortrags, oder gar das Vorlesen eines vom Richter angefertigten schriftlichen Referats eine angestrengtere Aufmerksamkeit ver-

langt, als das Auffassen der eigenen Vorträge der Parteien. Auch schenkten die Richter dem Referat nicht ihre volle Aufmerksamkeit, weil sie wußten, daß die Parteien auf die Sachlage zurückkommen würden. Die Parteien nahmen aber an, daß die Richter durch das Referat die volle Kenntniß von der Sachlage erhalten hatten.

Dieser Mißgriff ist aber durch die CPO. beseitigt, dies erkennt auch Jäckel an, indem er S. 657 sagt: „Heut ist dies anders geworden. Heut kann der Anwalt nicht mehr einem Kollegen unmittelbar vor dem Termin die Handakten mit der Bitte zuschieben, ihn zu vertreten, es sei Neues nicht anzuführen. Er muß selbst informirt sein, er muß wenigstens den thatsächlichen Stoff beherrschen, wenn er ihn dem Gerichte vortragen soll.“ Ein weiterer Fehler lag darin, daß im Preußischen Prozesse das Vorbringen neuer Behauptungen und Beweismittel in der mündlichen Verhandlung nur ausnahmsweise gestattet war. Dadurch wurden aber die Parteien in ihrer freien Bewegung ungebührlich gehindert.

Sonnenschmidt hält zwar §. 212 a. a. O. die im Preußischen Prozeß herrschende Eventualmaxime für unbedingt nothwendig, weil sonst in allen nur einigermaßen verwickelten Sachen die Verhandlungstermine sich fortwährend häufen und immer neue Erklärungen vorgebracht würden, ohne daß diesem Treiben ein wirksames „Halt“ entgegengesetzt werden könne.

Die bisher gemachten Erfahrungen bestätigen aber diese Besorgnisse nicht.

Einmal gibt die CPO. in den §§ 251 und 252 Mittel an die Hand, um solche Verschleppung des Prozesses zu verhindern. Es kommt aber auch selten vor, daß Anwälte lediglich zur Verschleppung der Sache nachträglich neue Behauptungen aufstellen oder neue Beweismittel anführen.

Dagegen erscheinen oft später im Laufe des Verfahrens Umstände oder Beweismittel erheblich, welche daher erst nachträglich angeführt werden. Es läßt sich deshalb eine feste Grenze für die Anführung von Neuem nicht festsetzen. Es würde eine solche Beschränkung in vielen Fällen die gründliche Erklärung der Sachlage hindern.

Nun hat aber die CPO. diese beiden Beschränkungen des mündlichen Vortrags beseitigt, welche dahin geführt haben, daß im Preußischen Prozeß die mündliche Verhandlung mehr oder weniger kümmerlich war.

Es fehlt also jetzt an jedem Grunde anzunehmen, daß die Anwälte die ihnen gestattete volle Freiheit nicht nach bestem Wissen benutzen und daß sie absichtlich etwas verschweigen werden, was nach ihrem Ermessen zur Rechtfertigung ihrer Anträge dienlich sein würde.

Man irrte aber auch, wenn man bei Abfassung der CPO. glaubte, daß man durch den Zwang, den man den Richtern anthat, daß sie nur das vom Anwalt Gehörte, nicht aber das in den Schriftsätzen Erklärte beachten sollten, die Anwälte zwingen könne, Alles für die Entscheidung Erhebliche mündlich vorzutragen. Denn die Unvollständigkeit und Ungenauigkeit des mündlichen Vortrags liegt in der Unvollkommenheit der menschlichen Natur. Die Vollständigkeit und Zuverlässigkeit des Vortrags hängt lediglich von dem Maaß der Kenntnisse der richtigen Einsicht und der Stärke des Gedächtnisses des Anwalts ab.

Es liegt auf der Hand, daß der Anwalt bei noch so gutem Willen der Sache nicht sicher ist, daß er Alles so gründlich und so vollständig vorgetragen als wie er das Sachverhältniß in den Schriftsätzen auseinandergesetzt hat.

Auch kann er leicht Umstände fortlassen, welche ihm nach einer irrigen Rechtsansicht unerheblich erscheinen.

Endlich eignet sich der mündliche Vortrag darum nicht zur ausschließlichen Grundlage der Entscheidung, weil der Beweis für dessen Inhalt nur in dem Gedächtniß des Sprechenden und der Zuhörer zu finden ist. Man muß deshalb dem Richter gestatten auch den Inhalt der Schriftsätze zu berücksichtigen, in denen die Erklärungen der Parteien urkundlich festgestellt sind, während der mündliche Vortrag wie das Schattenspiel an der Wand verschwindet.

Es giebt kein besseres Mittel, um diesen in dem Wesen des mündlichen Vortrags begründeten Mängeln abzuhelfen, als wenn man auch den schriftlichen Erklärungen der Parteien ihren urkundlichen Werth läßt und den Richter verpflichtet, auf deren Inhalt bei der Entscheidung Rücksicht zu nehmen.

5.

Jäckel irrt aber auch, wenn er S. 649 sagt, daß es nicht möglich sei, das Verfahren so einzurichten, daß sowohl die Vortheile der Mündlichkeit als der Schriftlichkeit zugleich zur Geltung kommen.

Denn mit gutem Grunde ordnet die CPO. an, daß die Parteien nicht nur ihrem Gegner, sondern auch dem Gericht ihre Schriftsätze mittheilen sollen. Dieselben, als die zuverlässigsten und die ruhig überlegten Erklärungen der Parteien, bilden zunächst die Grundlagen des Verfahrens und sind ein wesentlicher Theil des Prozesses. Dafür spricht auch § 235 der CPO.:

> Durch die Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet.

Wären die Schriftsätze kein wesentlicher Theil des Prozesses und begönne der Prozeß erst mit dem mündlichen Vortrag der Klage vor dem Gericht, so müßte der § 235 sagen:

Durch den mündlichen Vortrag der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet.

Die CPO. nimmt also an, daß die mündliche Verhandlung die Fortsetzung des durch den Schriftwechsel begonnenen Prozesses ist. Diese Fortsetzung hat den doppelten Zweck:

den in den Schriftsätzen vorhandenen Prozeßstoff zur Kenntniß des Gerichts zu bringen,

und neue Erklärungen mündlich abzugeben, welche aber dieselbe rechtliche Wirkung haben, wie die schriftlichen Erklärungen.

Zur Feststellung dieser mündlichen Erklärungen können die Parteien einen neuen Schriftsatz überreichen, welcher nach § 270 CPO. eine Anlage des Protokolls wird. Will sich die Partei dieses sicheren Mittels zur Feststellung des wörtlichen Inhalts ihrer Erklärung nicht bedienen, liegt auch keiner der Fälle vor, in welchen nach § 146 und 270 CPO. die Feststellung der Erklärung zu Protokoll erfolgen muß, so überläßt die Partei die Feststellung des Inhalts ihrer mündlichen Erklärung dem Gerichte bei Abfassung des Thatbestandes.

Dies entspricht Bährs Auffassung, welcher will, daß die schriftlichen Erklärungen eben so wirksam und vom Richter zu beachten seien, wie die mündlichen.

Bährs Gegner behaupten dagegen, daß nach unserer CPO. die schriftlichen Erklärungen als solche keine prozessualische Wirkung haben, solche vielmehr erst dadurch erhielten, daß sie mündlich wiederholt, also durch die Rede neu geboren oder wie ein Scheintodter ins Leben gerufen werden.

6.

Will man darüber Klarheit gewinnen, welchen Einfluß diese Verschiedenheit der Auffassung auf das Verfahren äußert, so muß man die einzelnen Instanzen unterscheiden.

Für ein rechtskräftig gewordenes Erkenntniß erster Instanz ist es ganz gleichgültig, ob der erste Richter dieser oder jener Ansicht war.

Mag der erste Richter schriftlich oder mündlich abgegebene Erklärungen im Thatbestande fortgelassen oder unrichtig wiedergegeben haben, so ändert sich an dem rechtskräftigen Erkenntnisse nichts.

Erst in der zweiten Instanz muß beurtheilt werden, ob der erste Richter den vorhandenen Prozeßstoff gehörig in Erwägung gezogen hat.

Am handgreiflichsten tritt der Unterschied der beiden Auffassungen bei solchen Zugeständnissen zu Tage, welche in einem Schriftsatze enthalten sind, deren mündliche Wiederholung aber verweigert wird.

Bährs Gegner müssen annehmen, daß dies nur schriftlich abgegebene Zugeständniß als solches wirkungslos ist. Es fehlt aber an jedem vernünftigen Grunde anzunehmen, daß dies sowohl dem Gegner als dem Gericht gegenüber schriftlich, also urkundlich erklärte Zugeständniß nicht volle Wirkung haben solle.

Hat der erste Richter schriftliche Erklärungen nicht beachtet, welche von wesentlichem Einfluß auf die Entscheidung waren, so schadet dies insofern nichts, als dieselbe Erklärung in zweiter Instanz wiederholt und so prozessualisch wirksam gemacht werden kann.

Dagegen läßt sich in der dritten Instanz die in der zweiten Instanz unbeachtet gebliebene, nur schriftlich abgegebene, für die Entscheidung wesentliche Erklärung mit rechtlicher Wirkung nach § 524 CPO. nicht wiederholen. Es wird aber dann verschieden verfahren werden müssen.

Nimmt das Gericht dritter Instanz an, daß der erkennende Richter sich um den Inhalt der Schriftsätze gar nicht zu bekümmern hat, so wird er bei der Entscheidung auf wesentliche

Erklärungen, welche aber nur in den Schriftsätzen enthalten sind, gar keine Rücksicht nehmen.

Nimmt aber das Revisionsgericht an, daß das Gericht von den Schriftsätzen Kenntniß zu nehmen, und dafür zu sorgen hat, daß der wesentliche Inhalt der Schriftsätze durch mündlichen Vortrag den Richtern zu Gehör gebracht und auf diese Weise ins Leben gerufen wird, so muß das Revisionsgericht die Sache zum Zwecke dieser mündlichen Wiederholung in die zweite Instanz zurückverweisen.

Darf aber das Reichsgericht annehmen, daß die schriftlichen Erklärungen der Parteien auch ohne mündliche Wiederholung prozessualisch wirksam seien, so kann es nach § 528 CPO. ohne Weiteres in der Sache selbst entscheiden. Es wird dann der jetzt leider so häufige Fall, daß die Sache nicht vom Reichsgericht entschieden, sondern in die zweite Instanz zurückgewiesen wird, seltener eintreten.

7.

Gehn wir nun näher auf diese 3 verschiedenen Auffassungen ein, so hat meines Wissens noch keiner unserer Schriftsteller die vollständige Unkenntniß des Inhalts der Schriftsätze vertheidigt, wie sie bei den an das französische Verfahren gewöhnten Gerichten stattfindet.

Dagegen sagt Jäckel a. a. O. S. 675 und 676: Ein Gericht, welches die vorbereitenden Schriftsätze grundsätzlich nicht benutze und unvorbereitet in die mündliche Verhandlung eintrete, vergehe sich gegen die §§ 124, 130, 270 und 463 der CPO.

Die CPO. setze voraus, daß das Gericht von dem Inhalt der Schriftsätze vor der mündlichen Verhandlung Kenntniß genommen habe. Der Vorsitzende müsse mündliche Abweichungen von dem Inhalt der Schriftsätze und schriftliche

für die Entscheidung erhebliche aber mündlich nicht wiederholte Erklärungen in der Weise zur Erörterung stellen, daß er frage, ob diese Weglassung mit Wissen und Willen des Anwalts erfolgt sei.

Ferner verlangt Jäckel S. 681 a. a. O. daß sich nicht bloß der Vorsitzende, sondern auch ein Berichterstatter vor der mündlichen Verhandlung den Inhalt der Prozeßschriften zu eigen gemacht habe.

Man sollte daher meinen, daß Jäckel der Rüge Bährs beitreten werde, es sei ein Fehler der CPO., daß sie den Richter nicht zwingt, in dieser Weise von dem Inhalt der Schriftsätze Kenntniß zu nehmen, sondern daß sie das Alles seiner Gewissenhaftigkeit überläßt. Er giebt auch S. 678 das Vorhandensein dieses Fehlers zu. Anstatt sich aber darüber auszulassen, wie die CPO. zu ändern sei, um diesen Fehler zu beseitigen, spricht er sich nur gegen Bährs allerdings nicht zu billigenden Vorschlag aus, daß der Berichterstatter verpflichtet werden müsse, ein besonderes Referat anzufertigen.

Da wir aber wissen, daß verschiedene Deutsche Gerichte ohne jede Kenntnißnahme von dem Inhalte der Schriftsätze in die mündliche Verhandlung eintreten, so ist in dieser Beziehung eine Abänderung der CPO. erforderlich.

8.

Es frägt sich also: ob in Zukunft die in den Schriftsätzen enthaltenen Erklärungen als solche prozessualisch wirksam sein, oder ob sie diese Wirksamkeit erst durch die mündliche Wiederholung erhalten sollen.

Für die Nothwendigkeit dieser Wiederholung sprechen nach Jäckel folgende zwei Gründe:

Zunächst der, daß man dadurch die Anwälte zu einem möglichst vollständigen mündlichen Vertrag zwinge.

Wir haben aber bereits unter 4 gesehn, daß ein solcher Zwang überflüssig ist, da der Gesetzgeber annehmen kann, daß jeder Anwalt bei der ihm durch die CPO. gewährten vollständigen Freiheit auch den guten Willen haben werde, das alles zu sagen, was nach seiner Meinung dazu dienen kann, seine Anträge zu rechtfertigen.

Aber dieser Zwang der Wiederholung ist nicht überflüssig, sondern sogar schädlich.

9.

Ist nämlich für den erkennenden Richter der Inhalt der Schriftsätze nicht vorhanden, so müssen die Anwälte auch alle die Einzelheiten des Falles, also alle Namen, Zeitangaben und Zahlen, sowie alle einzelnen Beweismittel mündlich wiederholen, während sie doch für den Kern der zu entscheidenden Frage ganz überflüssig sind.

Darf aber der Anwalt annehmen, daß diese in den Schriftsätzen angegebenen Einzelheiten auch für den erkennenden Richter Geltung haben, so kann er sich auf den mündlichen Vortrag der für die Entscheidung des Falles erheblichen Thatsachen beschränken und z. B. sagen, daß 1000 Mk. als der Kaufpreis für ein Grundstück eingeklagt werden und nur die Rechtsgültigkeit folgender Einwendungen 2c. streitig sei...

Bei solchem mündlichen Vortrag bleibt viel das Gedächtniß unnütz beschwerender Ballast fort, das Verständniß wird ungemein erleichtert und viel Zeit erspart.

10.

Der zweite Grund Jäckels gegen die Wirksamkeit des Inhalts der Schriftsätze ist (S. 649 a. a. O.), daß durch die gemeinschaftliche Geltung der schriftlichen und mündlichen Er-

klärungen ein so buntes Verfahren entstehe, daß der Prozeß keine sichern Grenzen habe.

Indeß ist das von Jäckel befürwortete Verfahren mindestens eben so bunt.

Nur für diejenigen Gerichte, welche den Inhalt der Schriftsätze gar nicht beachten, ist allerdings das Verfahren weniger bunt.

Wenn aber, wie Jäckel dies mit Recht verlangt, das Gericht den Inhalt der Schriftsätze beachten muß, so setzt sich für dasselbe gleichfalls der Prozeßstoff aus dem Inhalt der Schriftsätze und des mündlichen Vortrags zusammen. Das Gericht hat aber nach Jäckels Ansicht auch die Pflicht, dafür zu sorgen, daß der wesentliche Inhalt der schriftlichen Erklärungen noch mündlich wiederholt werde.

Diese Nothwendigkeit der Wiederholung kann aber für das Verfahren auch folgenden Nachtheil haben.

Läßt man den schriftlichen Erklärungen ihren urkundlichen Werth, so bilden sie eine zuverlässige Grundlage des weiteren Verfahrens. Spricht man ihnen aber die Gültigkeit ab, so kann die Partei ohne jeden Nachtheil den ganzen Inhalt ihrer schriftlichen Erklärung, wenn sie fürchtet, daß sie schädlich sein könne, in Abrede stellen. Wenn dies aber geschieht, so entsteht dadurch ein mehr als buntes Verfahren, denn kein vernünftiger Grund berechtigt die Partei, ihre schriftlich abgegebene Erklärung ohne Weiteres für unwahr auszugeben.

11.

Jäckel irrt aber auch, wenn er S. 671 a. a. O. behauptet, das von Bähr und mir befürwortete Verfahren sei ein unmöglicher Mittelweg.

Auch der Englische Civilprozeß beginnt mit einem Schriftwechsel, welcher, wie Rüttimann (der Englische Civilprozeß,

Leipzig 1851 in § 273) sagt, das Gerüst der Klage und der Vertheidignng in streng technischer Form bildet. In den §§ 238 bis 311 wird von Rütimann ausführlich der Inhalt, die Form und die Wirkung dieser Parteischriften erörtert.

Die Parteien sind an diese schriftlich abgegebenen Erklärungen so sehr gebunden, daß auch Fehler, welche sich unabsichtlich eingeschlichen haben, nur mit Erlaubniß des Gerichts verbessert werden dürfen. Doch wird die Erlaubniß nach § 271 a. a. O. ohne Weiteres ertheilt, wenn es ohne Beeinträchtigung der Gegenpartei geschehn kann. .

Ferner kann eine Partei die von ihr eingereichte Exception, Replik u. s. w. zurückziehn und durch eine andere ersetzen, sobald sie durch Affidavit darthut, daß das Rechtsverhältnis, auf welches sie sich nunmehr beruft, erst in den letzten acht Tagen entstanden sei und deshalb nicht früher habe geltend gemacht werden können. § 272 a. a. O.

Alle wesentlichen faktischen Behauptungen, welche in einer Parteischrift aufgestellt und von der Gegenpartei nicht ausdrücklich bestritten worden, gelten als anerkannt. § 312 a. a. O.

Das weitere Verfahren richtet sich danach, ob Inhalts der Parteischriften *Thatsachen* streitig sind oder ob es sich nur um die Entscheidung von Rechtsfragen handelt.

Ist thatsächlich nichts streitig, so wird nach mündlicher Verhandlung der Streit vom *Gerichte* entschieden.

Bleiben Thatsachen streitig, so giebt es nach § 317 bis 322 auch Ausnahmsfälle, in denen die Beweisaufnahme vor dem *Gerichte* erfolgt und die Entscheidung nach mündlicher Verhandlung vor dem Gerichte verkündet wird.

In allen anderen Fällen tritt aber die *Jury* ein, vor welcher die Beweisaufnahme auf Grund eines vom Kläger abgefaßten und vom Verklagten genehmigten Schriftstücks stattfindet. § 323 bis 386 a. a. O.

Nach Beendigung des Beweisverfahrens resumirt der Richter in Gegenwart der Parteien, der Advokaten und der sonstigen Zuhörer die Ergebnisse desselben. Dabei hebt er mit Weglassung aller unerheblichen Nebenumstände die Hauptfragen heraus, bezeichnet die beigebrachten Beweismittel, würdigt deren Bedeutung und belehrt die Jury über die zur Anwendung kommenden Rechtsregeln. § 387 a. a. O.

Die Entscheidung des Streits erfolgt durch einstimmigen Ausspruch der Geschworenen. § 391 a. a. O.

Wir sehen, wie der Englische Prozeß, wenn er ohne Zuziehung der Geschworenen stattfindet, im Wesentlichen dem Verfahren nach unserer CPO. gleicht, und wie sowohl den Schriftsätzen ihr voller urkundlicher Werth gelassen, als auch die mündliche Verhandlung unbeschränkt gestattet ist. Wenn die Partei von ihrer schriftlichen Erklärung abgehn will, so muß sie dies besonders begründen.

12.

S. 667 a. a. O. sagt Jäckel:

„Die Angriffe Bährs spitzen sich zu: auf seine Beschwerden gegen die Anfertigung des Thatbestandes und gegen die Bedeutung, welche dem Thatbestande nach dem System der CPO. beigelegt worden ist. Hier zeigt sich in der That die Gefahr, welche für das Parteivorbringen mit dem Princip der Mündlichkeit gegeben ist, am deutlichsten. Die Partei kann von dem Richter mißverstanden worden sein, sie kann thatsächliche Behauptungen, die sie vorgebracht hat, in dem Thatbestande des Urtheils vermissen, sie kann umgekehrt Behauptungen, die sie nicht, oder nicht so aufgestellt hat, als von ihr vorgebracht beurkundet finden. Eine Abhülfe wird schwer, jedenfalls nicht

> immer zu erreichen sein, weil der Akteninhalt, vorausgesetzt, daß Schriftsätze erstattet sind, nicht entscheidet, und weil die Berichtigung des Thatbestandes ein unsicherer Nothbehelf ist. Alles dies ist zuzugeben. Es ist auch zuzugeben, daß ein gewissenloser Richter, der es mit der Aufstellung des Thatbestandes nicht genau nimmt, hier unheilbares Unrecht anstiften kann."

Jäckel gesteht dann S. 668 zu, daß es dagegen nur ein Auskunftsmittel, nämlich die Rückkehr zum schriftlichen Verfahren gebe. Dann habe man aber, wie S. 672 gesagt wird, nur die Wahl zwischen dem früheren Preußischen Prozeß oder der ausschließlichen Mündlichkeit.

Wir haben aber eben gesehn, wie die Vortheile sowohl der Schrift als der Rede im Prozesse zur Geltung gebracht werden können, und wollen nun auf die Vorschriften der CPO. über den Thatbestand näher eingehn.

> § 285 sagt: der Thatbestand des Urtheils liefert rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis. Dieser Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden.

Danach soll also angenommen werden, daß die im Thatbestand erwähnten mündlichen Erklärungen den im Thatbestand angegebenen Inhalt gehabt haben. Der Paragraph berührt also den übrigen Inhalt des Thatbestandes nicht. Er hindert das Gericht also nicht, auch den Inhalt der schriftlichen Erklärungen in den Thatbestand aufzunehmen. Da die CPO. auch sonst an keiner Stelle den Schriftsätzen der Parteien den urkundlichen Werth abspricht, so steht diese Auslegung des § 285 auch mit dem übrigen Inhalte der CPO. nicht im Widerspruche.

Dagegen nimmt der Landgerichtsrath v. Bülow (Bd. 4 S. 337 und 340) an, daß in den Thatbestand alles dasjenige

aufgenommen werden muß, was mit Rücksicht auf den gesammten Rechtsstreit und dessen endliche Entscheidung von Erheblichkeit sein kann. Derselbe habe nicht bloß positive, sondern auch negative Beweiskraft in der Richtung, daß das nicht Aufgenommene auch als nicht vorgebracht gelte.

Dies würde also dahin führen, daß man den § 285 dahin verstehen müsse: Alles im Thatbestande Gesagte sei unumstößlich wahr, wenn es nicht im Wege des Berichtigungsverfahrens abgeändert worden. So lautet aber § 285 doch nicht.

Forscht man in den Vorarbeiten zur CPO. nach, so findet man, daß die Kommission des Reichstags diesen räthselhaften § in allen 3 Lesungen anstandslos und ohne jede Bemerkung angenommen hat.

Dagegen heißt es in der Begründung des Entwurfs S. 24:

„Ein Verfahren, welches die Berichtigung des Thatbestandes zum Gegenstande hat, kennt der Norddeutsche Entwurf nicht. Er unterscheidet, ob ein thatsächliches Vorbringen im Thatbestande erwähnt oder bezeugt ist, eine Unterscheidung, welche neu und fein ist, aus diesem Grunde aber wenig anspricht. Was bezeugt ist, steht unwandelbar fest. In Betracht dessen, was erwähnt ist, hat das Gericht nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob es als feststehend anzusehen sei oder nicht. Das Erstere ist bedenklich, das Letztere unnatürlich. Richter, welche einer bestimmten mündlichen Verhandlung nicht beigewohnt haben, können darüber, ob im Laufe dieser Verhandlung bestimmte Erklärungen erfolgt sind, nicht urtheilen, weil es für die freie Ueberzeugung an der erforderlichen thatsächlichen Grundlage mangelt."

In dem Protokoll der 192. Sitzung der Norddeutschen Kommission vom 29. September 1869 ist gesagt: Der Referent habe die Frage angeregt, welche Bedeutung dem Thatbestande des ersten Urtheils hinsichtlich der darin enthaltenen Parteierklärungen für die zweite Instanz beizulegen sei, und habe entwickelt, daß das Urtheil in dieser Beziehung nicht als Zeugnißurkunde gelten könne, sondern, wie bereits bei obwaltenden Widersprüchen zwischen dem Thatbestande und dem Inhalte des Audienzprotokolls beziehungsweise der Schriftsätze beschlossen worden, der freien Würdigung des Richters unterliege.

Von anderer Seite habe man dagegen die volle Beweiskraft öffentlicher Urkunden für den Thatbestand in Anspruch genommen. Dessen Gewicht sei durch die vorausgegangenen Verhandlungen und deren schriftliche Grundlage, sowie dadurch, daß hier ein Richter, beziehungsweise ein Richterkollegium bezeugend auftrete, erheblich verstärkt. Es sei bedenklich an der Glaubwürdigkeit des Gerichts zu zweifeln und den höheren Richter geradezu zur Prüfung dessen zu berufen, was der erste Richter als vor ihm geschehn festzustellen habe.

Mehrfach wurde jedoch erwiedert, daß die Aufnahme des Thatbestandes nicht zum Zweck der Herstellung einer öffentlichen Urkunde und unter den hierfür geltenden schützenden Formen erfolge. Nur soweit der Richter auf Antrag einer Partei eine Erklärung protokollire, werde eine solche Urkunde geschaffen. Im Uebrigen sei der Thatbestand stets das Produkt richterlicher Reflexion, nicht ein einfaches Zeugniß.

So wurde denn auch mit Stimmenmehrheit beschlossen, ausdrücklich zu verordnen, daß dem Thatbestande des ersten Richters die gesetzliche Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde nicht beiwohne.

13.

Um die Beweiskraft des Thatbestandes richtig zu beurtheilen, ist es nöthig auf den Inhalt des Thatbestandes näher einzugehn.

Der Thatbestand beginnt häufig mit der Aufführung der unstreitigen Thatsachen, sagt also z. B.:

> „auf die eingeklagte Summe hat der Verklagte 100 Mark bezahlt."

Dies ist also kein Zeugniß über den Wortlaut einer bei der mündlichen Verhandlung abgegebenen Erklärung, sondern eine richterliche Reflexion, welche in den Entscheidungsgründen zu rechtfertigen ist.

Wollte man mit v. Bülow annehmen, daß der ganze Inhalt des Thatbestandes ohne Weiteres Beweis mache, so müßte diesen Worten im Thatbestande gegenüber der Kläger den Gegenbeweis dafür führen, daß ihm der Verklagte die 100 M. nicht bezahlt habe.

In der That hat aber diese Bemerkung im Thatbestand nur Werth, wenn die Annahme: daß der Verklagte die 100 Mark bezahlt habe, in den Entscheidungsgründen des Erkenntnisses gerechtfertigt ist.

Ist im Thatbestande gesagt:

> „auf die eingeklagte Summe behauptet der Verklagte 100 Mark bezahlt zu haben"

und der Thatbestand sagt nicht, was der Kläger hierauf erwiedert hat, so ist mit v. Bülow nicht ohne Weiteres anzunehmen, daß Kläger diese Zahlung nicht bestritten hat. Denn der § 285 CPO. sagt nur, daß die im Thatbestande erwähnten mündlichen Erklärungen den dort angegebenen Inhalt gehabt haben. Sollte also, wie das gewöhnlich geschieht, in der Berufungsinstanz der Thatbestand des 1. Ur-

theils ebenso unvollständig vorgetragen und nicht gesagt werden, was der Kläger auf die vom Verklagten behauptete Zahlung erwidert hat, so muß der Vorsitzende, dem § 127 CPO. entsprechend, für die erschöpfende Erörterung dieses Umstandes sorgen und den Kläger fragen, was er auf die vom Verklagten behauptete Zahlung erwidern wolle. Dann kann aber im Thatbestande des Berufungserkenntnisses bestimmt gesagt werden, ob der Verklagte diese Behauptung bestreiten oder ob er dies nicht thun wolle.

14.

Wir sehen also, daß die Beweiskraft des Thatbestandes sich auf diejenigen mündlichen Erklärungen erstrecken kann, welche als solche im Thatbestande wiederholt sind, daß also § 285 CPO. ganz richtig die Beweiskraft auf das mündliche Parteivorbringen beschränkt.

Hat aber der übrige Inhalt des Thatbestandes keine Beweiskraft, so unterliegt die Richtigkeit dieses Inhalts der Prüfung der folgenden Instanz. Finden sich darin Unrichtigkeiten, Auslassungen, Dunkelheiten oder Widersprüche, so bedarf es keines besonderen Berichtigungsverfahrens zur Beseitigung dieser Mängel, denn sie hindern den folgenden Richter, nicht der wahren Sachlage entsprechend die Entscheidung zu treffen.

Deshalb dürfte § 291 CPO. in Anschluß an den § 285 dahin zu fassen sein:

> Finden sich im Thatbestande des Urtheils rücksichtlich des mündlich Vorgetragenen Unrichtigkeiten, welche nicht unter die Bestimmung des vorstehenden Paragraphen fallen u. s. w.

15.

Als einen besonderen Uebelstand rügt Jäckel S. 649 a. a. O.: Sei nicht bloß das schriftlich Eingebrachte, sondern daneben auch das mündlich Vorgetragene zu berücksichtigen, so würde es in das Belieben der Partei gestellt, ob sie mündlich oder schriftlich oder beides durcheinander verhandeln wolle.

Indeß tritt damit Jäckel einigermaßen mit sich selbst in Widerspruch, da er gleichfalls der Ansicht ist, daß das Gericht die Schriftsätze kennen, und deren Inhalt bei der mündlichen Verhandlung und bei der Entscheidung berücksichtigen müsse.

Ist es aber nicht die Aufgabe der CPO., das Mittel zu benutzen, welches dazu dient, dem Richter vollständige und zuverlässige Kenntniß von den Erklärungen der Partei zu geben?

Wir haben bereits unter 4 gesehen, an welchen Mängeln der mündliche Vortrag des Anwalts leiden kann. So hängt der Erfolg lediglich von der Gewissenhaftigkeit und Beschäftigung des Anwalts ab.

Läßt man aber den Schriftsätzen, deren Inhalt auch von der abwesenden Partei geprüft und vervollständigt werden kann, den vollen Werth, so spricht in denselben die Partei unmittelbar zu den Richtern, weil der Vorsitzende oder der Berichterstatter den mündlich nicht vorgetragenen aber erheblichen Inhalt der Schriftsätze vorzulegen hat. Es ist auch vorgekommen, daß noch andere Richter, welche z. B. beim Vortrage wegen Verstattung zum Armenrechte von dem Inhalt der Schriftsätze Kenntniß erhalten hatten, bei der Berathung dergleichen Umstände hervorgehoben und die schriftliche Erklärung nachgewiesen haben.

Deshalb war es ein großer Fehler der CPO., daß sie den Parteien dies zuverlässigste Mittel der Verständigung versagt.

In den allermeisten Fällen sind die Vorträge der Anwälte mehr oder weniger vollständige Wiederholungen der schriftlichen Erklärungen. Wie können aber vergängliche Worte die urkundlich vorhandenen Erklärungen ersetzen!!

16.

Endlich sagt Jäckel S. 665 a. a. O.: Es erscheine ihm ein schriftliches Verfahren, dessen Schriftlichkeit nicht im obligatorischen Schriftwechsel beruht, bei welchem vielmehr die Partei, insoweit sie Schriften nicht erstattet, auf die richterliche Protokollirungspflicht verwiesen wird, unhaltbar.

Indeß sollen nach dem hier befürworteten Verfahren die mündlichen, den Inhalt der Schriftsätze ergänzenden oder abändernden Erklärungen nicht durch das Protokoll, sondern durch den Thatbestand des erkennenden Richters festgestellt werden.

Die Partei hat also die freie Wahl, ob sie sich des sicheren Mittels, der Schrift, oder des unzuverlässigen Mittels, der Feststellung durch den Thatbestand, bedienen will.

Der Gesetzgeber hat keine Veranlassung, die Parteien zur Abgabe einer schriftlichen Erklärung zu zwingen. Wenn aber schon jetzt, wo die Schriftsätze nicht ihren vollen Werth haben, der Schriftwechsel die Regel bildet, so werden die Anwälte, wenn die Schriftsätze ihren Werth behalten, um so mehr die für die Entscheidungen wesentlichen Erklärungen in der sicheren schriftlichen Form zur Kenntniß des Gerichts bringen.

17.

Nach den vorstehenden Erörterungen würden die nachstehend vorgeschlagenen vier Abänderungen der CPO. genügen, um die volle Verwerthung des Inhalts der Schriftsätze zu sichern.

Es wäre hinzuzufügen:

dem § 121 der CPO. der Satz:

Die in den Schriftsätzen abgegebenen Erklärungen sind so weit maßgebend, als sie nicht bei der mündlichen Verhandlung abgeändert sind;

dem § 124 CPO.:

Der vor der mündlichen Verhandlung vom Vorsitzenden ernannte Urtheilsfasser hat von dem Inhalt der Schriftsätze Kenntniß zu nehmen und dieselben nebst seinen etwaigen schriftlichen Bemerkungen dem Vorsitzenden rechtzeitig vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen.

Im § 224 Nr. 3 CPO. wären nur die Worte „der Schriftsätze" einzuschalten, so daß der Satz dann lauten würde:

Das Urtheil enthält eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der Schriftsätze und der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge „Thatbestand".

Der § 291 CPO. wäre dahin zu ändern:

Finden sich im Thatbestande des Urtheils rücksichtlich des mündlich Vorgetragenen Unrichtigkeiten, welche nicht unter die Bestimmung des vorstehenden Paragraphen fallen, Auslassungen, Dunkelheiten oder Widersprüche, so kann die Berichtigung binnen einer einwöchigen Frist durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden.

Jäckel sagt zwar S. 667 a. a. O., daß auch die Vorschriften, welche die CPO. über das Versäumnißverfahren enthält, einer Aenderung unterliegen müßten.

In der That lassen sich aber diese Vorschriften der CPO. nur dann gehörig durchführen, wenn die CPO. nach den obigen Vorschlägen geändert wird.

Denn nach § 296 CPO. soll beim Ausbleiben des Verklagten im Klagebeantwortungstermine zwar das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers für zugestanden angenommen werden, doch soll nach § 300 Nr. 3 das Versäumnißurtheil nicht erlassen werden, wenn ein thatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag nicht rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgetheilt war.

Es muß deshalb schon bei Beginn der mündlichen Verhandlung der Vorsitzende von dem Inhalte der Schriftsätze Kenntniß haben, damit er dem § 127 CPO. entsprechend im Stande ist, bei der mündlichen Verhandlung für erschöpfende Erörterung zu sorgen und festzustellen, daß die für die Verurtheilung erheblichen Umstände dem Verklagten auch schriftlich mitgetheilt sind.

Noch weit nöthiger ist diese vorherige Kenntniß des Inhalts der Schriftsätze im Falle des § 504 CPO., denn derselbe schreibt vor: daß beim Ausbleiben des Berufungsverklagten das thatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers für zugestanden zu erachten ist, soweit das festgestellte Sachverhältniß nicht entgegensteht.

In diesem Falle hat also der Berufungskläger auch darzuthun, daß seinen Anführungen das festgestellte Sachverhältniß nicht entgegensteht. Trägt dabei der Berufungskläger Umstände nicht vor, welche zur Feststellung des Sachverhältnisses dienen, so muß der Vorsitzende nach § 127 CPO. für die entsprechende Vervollständigung des Vortrags sorgen. Wie

kann er dies aber thun, wenn er nicht bereits den Inhalt der Schriftsätze und Beweisverhandlungen kennt.

Sonach dürften die vorgeschlagenen vier Aenderungen der CPO. genügen, um die nach der CPO. offene Frage zu entscheiden: inwieweit die Richter beim Anwaltsprozesse den Inhalt der Schriftsätze zu berücksichtigen haben?

Mag man die Frage so oder so entscheiden, so tritt man dadurch nicht in Widerspruch mit den übrigen Vorschriften der CPO.

An dem Verfahren derjenigen Gerichte, bei denen schon jetzt ein Berichterstatter und der Vorsitzende vor Beginn der mündlichen Verhandlung von dem Inhalt der Schriftsätze Kenntniß nehmen, würden diese Zusätze zur CPO. nur wenig ändern. Sie würden aber verhindern, daß die sämmtlichen Mitglieder eines Deutschen Gerichts sich noch ferner mit französischer non chalance (wir haben für dies Wort glücklicherweise keinen gleich bedeutenden Ausdruck in unserer Sprache) ganz unvorbereitet auf den Richterstuhl setzen. Es werden vielmehr nach Deutscher Weise stets einige Mitglieder durch vorheriges Lesen der Schriftsätze und Beweisstücke in den Stand gesetzt sein, die streitigen Rechtsfragen zu studiren. Darauf folgt gleich die Berathung, bei welcher das eben Gehörte noch frisch im Gedächtniß ist, und etwaige Zweifel durch sofortiges Befragen der wartenden Parteien ihre Erledigung finden. Daran schließt sich in der Regel die sofortige Verkündung der Entscheidung.

VIII.

Redintegratae rei vindicatio

von

Professor **Schloßmann** in Kiel.

In l. 1 C. per quas personas nobis adquiritur 4,27 ist von einer redintegratae rei vindicatio die Rede, welche bisher räthselhaft geblieben ist. Auch sonst bietet diese Stelle, welche bekanntlich in der Lehre von der Stellvertretung eine Rolle spielt, und in neuerer Zeit wiederum zu lebhafterer Erörterung Anlaß gegeben hat[1]), der Interpretation Schwierigkeiten, welche von jeher die Ausleger mit ihr sich zu beschäftigen gereizt haben, bisher aber noch nicht überwunden sind. Sie lautet:

> Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. Marcello. Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil adquiri nobis posse, indubii iuris est. § 1. Si igitur procurator non sibi, sed ei cuius negotia administrabat, redintegratae rei vindicationem pactus est, idque pactum etiam stipulatio insecuta est, nulla domino obligatio ad-

---

1) Vgl. Hellmann, die Stellvertretung in Rechtsgeschäften S. 72 und Mitteis, die Lehre von der Stellvertretung nach r. R. S. 85 f.

quisita est: servis autem res traditae dominis adquiruntur.

Vor allem fragt es sich: was bedeuten die Worte: redintegratae rei vindicationem pactus est? Und ferner: in welchem Verhältniß steht der Schlußsatz: „servis autem etc." zu dem übrigen Inhalt der Stelle.

Wenn in den nachfolgenden wenigen Zeilen ein erneuter Versuch, diese Fragen zu beantworten, gemacht wird, so soll im voraus die Bemerkung nicht unterdrückt werden, daß von der Art der Beantwortung der Werth der Stelle für das Verständniß der römischen Lehre von der Stellvertretung oder irgend einer anderen Lehre nicht in erheblichem Grade abhängig ist. Eine richtige oder eine auch nur in höherem Maße als die bisherige überzeugende Deutung würde nur geeignet sein, das Gewissen des aufmerksamen Lesers des corpus iuris zu beruhigen, welcher sich dunkeln Partieen der Quellen gegenüber auch dann peinlich berührt fühlt, wenn er von einem klaren Verständniß besondere Vortheile von vornherein sich nicht verspricht. Hat der ‚unus casus' der Institutionen eine umfangreiche Literatur veranlaßt, so darf auch für unsere Stelle vielleicht die Aufmerksamkeit des Lesers wenigstens für einige kurze Bemerkungen in Anspruch genommen werden. —

Man ist bisher allgemein von der Annahme ausgegangen, daß mit redintegratae rei vindicatio in der Stelle die Eigenthumsklage und mit ‚redintegratae' nur eine besondere Qualification des zu vindizierenden Gegenstandes bezeichnet sei. Jener Ausdruck offenbar war es, aus welchem schon die Verfasser der Basiliken[2]) eine *περὶ πράγματος ἀγωγή* herauslasen

2) XVI 9 cap. 14 (Heimbach tom. II p. 209 u. suppl. ad tit. XV—XVIII ed. Zachariae p. 130): Δι' ἐλευθέρου προσώπου αὐτεξουσίου νομὴ μόνη προσπορίζεται ἡμῖν. ἐὰν ὁ ἡμέτερος προκουράτωρ ὀνόματι ἡμῶν

und von der Glosse bis auf den neuesten Schriftsteller, der unsere Stelle besprochen, Mitteis, kehrt diese Auffassung unverändert wieder. Nur in der Deutung des Wortes redintegratae und des pactum und der stipulatio redintegratae rei vindicationis gehen die Meinungen auseinander. Die weitgehende Willkür, mit der man hierbei zu Werke gegangen, erinnert so lebhaft wie kaum ein anderer Fall an jene Ausleger, welche nach Göthe's Rath nicht aus-, sondern unterlegen.

Die Basiliken setzen einen Procurator voraus, der, in einem Namens seines Prinzipals in der Beklagtenrolle geführten Prozesse besiegt, *συμφωνήσῃ πρὸς τὸν ἀγοραστήν* (emtorem) *ἄνωθεν περὶ τούτου τοῦ πράγματος δικάσασθαι*, ohne daß ein Grund, warum der procurator gerade als Beklagter und als unterliegend anzusehen, und der Inhalt der Vereinbarung klar ersichtlich wäre. Auch ist ganz unerfindlich, wie der *ἀγοραστής*, von welchem in der Constitution keine Rede, in die Basilikenstelle hineingekommen ist.

Vielleicht denken sich die Basiliken die Sache so, daß nach oder bei Auslieferung der abgestrittenen Sachen nochmalige gerichtliche Erörterung auf Grund einer von der besiegten Partei jetzt anzustellenden Klage verabredet wäre und die exceptio rei judicatae aus dem früheren Urtheil der neuen Klage gegenüber ausgeschlossen werden sollte. Dieser Annahme würde aber doch entgegenstehen, daß das dem procurator gegenüber ergangene Urtheil den Herrn direkt nicht bindet. Weit entfernt also, zur Aufstellung der Codexstelle etwas beizutragen, giebt uns die Basilikenstelle nur neue Räthsel auf.

ἐναχθῇ τῇ περὶ πράγματος ἀγωγῇ, καὶ ἡττηθῇ καὶ συφωνήσῃ πρὸς τὸν ἀγοραστὴν ἄνωθεν περὶ τούτου τοῦ πράγματος δικάσασθαι καὶ ἐπερωτήσῃ αὐτόν, οὐδὲν προσπορίζει τῷ δεσπότῃ τῶν πραγμάτων.

Die Glosse zu unserer Constitution unterstellt folgenden Thatbestand: der procurator verkauft dem Titius ein Grundstück seines Herrn und bedingt sich dabei aus, daß der Kauf bei nicht rechtzeitiger Zahlung des Preises rückgängig und dem Verkäufer die Vindication des Grundstückes gestattet sein solle, — also: lex commissoria. Der Herr könne nun — so führt die Glosse aus — aus diesem pactum nicht mit einer actio personalis auf Rückgabe der Sache klagen, wohl aber habe er actionem realem ex pacto de re inempta. Aber wo in aller Welt ist ein solcher Thatbestand auch nur von weiter Ferne angedeutet? Die Glosse sagt zu dem Wort ‚redintegratae': sc. venditionis rescissionem; aber auch bei noch so gewaltsamer Behandlung der Worte wird man aus einem ‚redintegratae rei vindicationem pacisci' eine lex commissoria herauszulesen außer Stande sein [3]).

Stellen wir uns aber einen Augenblick auf den Standpunkt der Glosse, so würde, wie auch wohl letztere annimmt, in dem Bescheide der Kaiser: nulla dominis obligatio adquisita est, nur ausgesprochen sein, daß der Herr mittelst a. venditi die Ansprüche aus der lex commissoria nicht geltend machen könne, was mit einem bekannten allgemeinen Grundsatze des römischen Rechts ja in vollem Einklang stände (vgl. z. B. pr. l. 6 § 3 C. si quis alteri 4,50).

Ohne Zweifel aber würde der Herr bei nicht rechtzeitiger Zahlung des Preises mit der rei vindicatio die Sache zurückerlangen können, und zur Begründung derselben würde er sich auf die lex commissoria als einen Bestandtheil des obligatorischen Kaufvertrages nicht zu stützen brauchen. Hatte der pro-

3) Einen, freilich auch nur sehr schwachen Schein würde die Deutung der Glosse haben, wenn es nicht redintegratae, sondern redintegrandae hieße. Darum sagt auch die Glosse, aber vollkommen willkürlich: redintegratae i. e. redintegrandae et pic. tempus pro tempore!

curator zur Veräußerung der Sache keine spezielle Vollmacht, oder war die veräußerte Sache eine res mancipi, so hatte der Herr das Eigenthum überhaupt nicht verloren. War der procurator dagegen zur Veräußerung der res nec mancipi speziell ermächtigt, so fiel das Eigenthum bei Ausbleiben der Zahlung des Preises an den Herrn zurück, aber nicht darum, weil der procurator zu Gunsten des Herrn die lex commissoria vereinbart, sondern weil die Tradition auf Grund des mit der Verwirkungsklausel versehenen Kaufgeschäftes eine resolutiv bedingte, die Sache also für den Fall nicht rechtzeitiger Preiszahlung vom procurator gar nicht definitiv aus dem Eigenthum des Herrn gebracht war [4]).

Konnte also bei dem von der Glosse vorausgesetzten Thatbestande der Herr in jedem Falle die Sache vindicieren, so muß es höchst auffällig erscheinen, daß die Kaiser, welche in ihrem Rescript doch nicht bloß einen Lehrsatz in abstracter Form vortragen, sondern auf die Anfrage einer Partei einen erschöpfenden Bescheid ertheilen wollten, diese auf die ihr zustehende rei vindicatio mit keinem Worte hingewiesen haben sollten.

Die Auslegung der Glosse hat die Billigung des Cujacius, welcher unsere Constitution an vier verschiedenen Stellen in seinen Werken eingehend bespricht [5]). Ihr schließt auch Mühlenbruch [6]) sich im wesentlichen an und ebenso

---

4) Unrichtig daher die Bemerkung des Cujacius zu dieser Stelle (notae in l. IV Cod. tit. 27. ed Paris 1658 tom. X p. 356) est ex eo (sc. pacto) actio ex empto, ex stipulatu et vindicatio non soluto pretio — — sed neque actio in personam nec in rem mihi per procuratorem adquiritur.

5) comm. ad in integr. rest. (tom. I p. 975 ed Paris 1658) comm. in Cod. l. IV tit. 27. In lib. IV prior. Cod. Iust. XXVII (tom X p. 721). Notae in l. IV Cod. D. Inst. tit. 27 (tom. X p. 356).

6) Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte 3. Aufl. S. 41 not. 68.

Mitteis[7]), — letzterer, indem er eine Corruption der Stelle als wahrscheinlich bezeichnet ersterer mit dem Bemerken, daß diese Erklärung weit natürlicher sei, als die von Donellus versuchte. Freilich ist schwer zu entscheiden, welche von beiden Deutungen sich von dem, was als „natürlich" anzusehen wäre, weiter entfernt.

Nur um noch an einem Beispiele zu zeigen, zu welch' verzweifelten Auskunftsmitteln die bedeutendsten Juristen gegriffen haben, mag die Auslegung des Donellus[8]) hier noch kurz erwähnt sein. Er unterstellt den Fall, daß der procurator ein Grundstück, welches sein Herr durch Zwang oder Betrug veranlaßt, dem Titius zu Eigenthum übertragen hatte, von Titius vindiziert und dadurch bewirkt, daß dieser sich zur Rückgabe bereit erklärt. Hoc modo — so fährt er fort, um den räthselhaften Ausdruck ‚rei redintegratae' zu erklären — res redintegrata est, — redintegrare enim est, rem commissam restituere in integrum. Den äußerst gewundenen Beweis, daß unter dem pactum nur die stipulatio rei redintegratae vindicationis, das Versprechen der Rückstattung Sache zu verstehen sei, muß man bei ihm selber nachlesen. Um von allen anderen Bedenken zu schweigen, so gilt auch hier das von der Glosse Gesagte: nicht in einem Worte ist dieser oder ein entfernt ihm ähnelnder Thatbestand auch nur angedeutet. Sich mit dem offenen Zugeständnisse, die Stelle nicht zu verstehen, bescheiden, wäre sicherlich richtiger gewesen, als sich mit solchen Deutungen zu beruhigen. —

Ich meine nun, daß man es schlechthin aufgeben müsse, bei der redintegratae rei vindicatio an eine Eigenthumsklage zu denken, und daß ein verständlicher Sinn mit der Stelle nur verbunden werden kann, wenn man das Wort

7) a. a. O. S. 36 not. 52.

8) comm. ad tit. Cod. 27 (Hilliger tom. 8 p. 106).

vindicatio in einem Sinne versteht, der sich aus einer anderen, in den Quellen nicht seltenen Bedeutung von vindicare ableiten läßt, und der wenigstens in einer Stelle des corpus iuris auch dem Worte vindicatio sicher zukommt. Vindicare heißt nicht blos: die Eigenthumsklage anstellen, sondern auch: bestrafen, ahnden; und wenn wir ‚res' in der Stelle nicht auf eine körperliche Sache beziehen, sondern (wie in res iudicata, res in iudicium deducta u. a.) mit causa gleichbedeutend nehmen, so werden wir unter redintegratae rei vindicatio nicht die Vindication der wiedererlangten, in das Eigenthum des Herrn zurückgelangten Sache, sondern eine Strafe für Erneuerung des Prozesses zu verstehen haben.

Ist diese Auslegung sprachlich möglich, so verdient sie sicher den Vorzug vor allen denjenigen, welche von der Eigenthumsklage ihren Ausgang nehmen.

Vindicare in aliquem, ferner vindicare maleficium, iniuriam, scelus u. s. w. sind bei juristischen wie nicht juristischen Schriftstellern ganz landläufige Ausdrücke. Aus den zahlreichen Beispielen, welche unsere Rechtsquellen bieten, nenne ich nur l. 13 § 2. 3 D. ad leg. Iuliam de adult. 48, 5. l. 1 § 1 C. ne liceat potent. 2, 13. Paul. R. S. V, 4, 4. u. 23, 1.

In gleicher Weise zeigen die Wörterbücher das Wort vindicta = poena in häufigem Gebrauch.

Für das Wort vindicatio aber findet sich bei Cicero de invent. 2, 22 die Definition: Vindicatio est per quam vim et contumeliam defendendo aut ulciscendo propulsamus a nobis et a nostris — — et per quam peccata punimus.

Und in der Bedeutung von Strafe kommt das Wort in einer constantinischen Verordnung vor:

l. 7 § 3 C. de revoc. donat. 8, 55 (= l. 1 Th. C. 8, 13):

> actionem vero matris ita personalem esse volumus, ut vindicationis tantum habeat effectum nec in heredem detur nec tribuatur heredi.

Die Möglichkeit vindicationem = poenam in unserer Stelle zu verstehn, ist hiermit erwiesen, und es bleibt nur noch zu ermitteln, was mit einer poena redintegratae rei gemeint sein könne.

Entschließt man sich vindicatio = poena zu nehmen, so bedeutet poena redintegratae rei, wie schon oben angedeutet, eine Strafe für Erneuerung einer Rechtssache, eines Rechtsstreites. Der procurator hat eine solche ausbedungen, aber so, daß der Herr, für den er den Prozeß geführt, die Strafe gegebenen Falls zu fordern berechtigt sein solle; er hat das Strafversprechen und die Strafstipulation auf den Namen seines Herrn gestellt, und darum ist nach bekannten Grundsätzen des römischen Rechts nulla obligatio domino adquisita.

Wogegen die poena sich richtet, darüber lassen sich freilich nur Vermuthungen aufstellen, da in den römischen Rechtsquellen [9]) rem redintegrare keine technische Bedeutung hat. Der Ausdruck kann auf verschiedene Dinge bezogen werden, und wenngleich das Verständniß des Rechtssatzes, um dessenwillen die Stelle im Codex Aufnahme gefunden, auch schon gesichert ist, wenn wir nur im allgemeinen wissen, daß von einer Strafsponsion die Rede, so mögen doch die verschiedenen möglichen Beziehungen der poena redintegratae rei, an welche hier zu denken wäre, erwähnt werden.

9) Erwähnt sei hier, daß, soweit ich wenigstens zu sehen vermag, redintegrare in der Bedeutung von reddere, wie es in den Pseudoisidorischen Dekretalen vorkommt (‚redintegranda sunt omnia exspoliatis etc.‘), in den römischen Rechtsquellen sich nicht findet.

Rem, causam redintegrare heißt eine abgethane, einmal entschiedene Sache zu erneuter Erörterung bringen. Eine poena kann sich eine Partei nun ausbedingen entweder für den Fall, daß eine abgethane Sache überhaupt von neuem zu gerichtlicher Erörterung verstellt würde, oder aber für den Fall, daß der Antrag auf Beseitigung oder Abänderung der durch eine frühere Disposition oder Entscheidung erzeugten rechtlichen Lage vom Richter als materiell unbegründet verworfen werden sollte.

Der Ausdruck rei redintegratae poena würde in beiden Fällen zutreffen, weil auch im zweiten Falle die Strafe in der Erneuerung des Streites ihren Grund hätte.

Obwohl nun eine redintegratio causae stets vorliegen würde, wenn eine Partei, gleichviel ob zu Recht oder zu Unrecht, eine erledigte Sache vor den Richter bringt, so werden für uns doch nur die Fälle in Betracht kommen, in welchen die Partei wenigstens formell zu der redintegratio rei berechtigt ist. Hierher gehört einmal die in integrum restitutio gegen ein Urtheil (cf. Pauli R. S. I, 7, 1). Ferner die Erhebung einer Klage, welche bei einem Schiedsrichter auf Grund eines Kompromisses anhängig gemacht ist, vor dem Gericht [10]). Ferner etwa die Ableugnung des Judicats, mit der dadurch veranlaßten actio iudicati, sowie die revocatio in duplum. Endlich die Appellation.

In allen diesen Fällen würde der Ausdruck redintegrare rem passen; thatsächlich gebraucht findet er sich bei in integrum restitutio und bei Appellation [11]).

Für die Erklärung unserer Stelle aber werden von vornherein diejenigen Fälle ausscheiden, für welche das Vorkommen

---

10) cf. l. 27 § 2 de rec. arb. 4,8. l. 30 eod.

11) Pauli R. S. I 7,1 und die unten angeführten, von der Appellation handelnden Stellen.

einer poena nicht bezeugt und auch nach ihrer Natur wegen mangelnden Bedürfnisses unwahrscheinlich ist. Abzusehn ist daher von der in integrum restitutio, weil der Verzicht auf sie eine i. i. r. an sich schon ausschließt. Ebenso von der a. iudicati, weil durch ein pactum ne iudicati (und proiudicati) agatur, die a. iudicati ausgeschlossen wird [12]).

Uebrig bleibt der Fall des compromissum, in welchem das Strafversprechen des Klägers auch den Fall der Anstellung einer gerichtlichen Klage über die dem Schiedsgericht unterbreitete Sache umfaßt [13]); die in duplum revocatio, welche wahrscheinlich mit einer Pönalsponsion des condemnatus für den Fall des Unterliegens verbunden war [14]); endlich der Fall der Appellation.

Der Appellant muß nach dem classischen Recht und auch noch zu Diocletian's Zeit ein Succumbenzgeld in Höhe von einem Drittel des Streitgegenstandes deponieren oder mit Bürgen versprechen [15]).

Für diese Succumbenzstrafe kommt ein technischer Ausdruck in den Quellen nicht vor; sie wird mit verschiedenen Ausdrücken bezeichnet und umschrieben.

Pauli R. S. XXXIII de cautionibus et poenis appellationum. § 1. ne liberum quis et solutum haberet arbitrium retractandae et revocandae sententiae, poenae et tempora appellatoribus praestituta sunt.

l. 6 § 4 C. de app. 7, 62 (Diocl. et Maxim) cautio de exercenda provocatione.

---

12) cf. l. 7 § 13 D. de pact. 2,13 und Schol. 30 ad Basil. XI, 1,7 ed. Heimbach tom. I p. 572).

13) Vgl. die Stelle ob. Anm. 10.

14) Vgl. Lenel, Edikt S. 356.

15) Vgl. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Proz. des sinkenden röm. Reichs S. 367.

l. 43 C. Th. 11, 30. Provocantibus multas imponi.

In Bezug auf die Appellation selbst heißt es ferner in

l. 30 C. Th. de app. et poenis 11, 30 (= l. 2 C. 7, 67) Julian. a. 362: His, qui tempore competenti non appellant, redintegrandae andientiae facultas denegetur — — a renovanda (C. Just: revocanda) lite pellantur.

l. 19 C. de app. 7, 62.

Quod si victus oblatam nec receptam ab iudice appellationem adfirmet, praefectos adeat, ut apud eos de integro litiget (Constantin. 336).

Wenn nun, wie hier gezeigt, in Bezug auf die Appellation sowohl eine Strafsponsion als auch eine dem Wortlaut unserer Stelle sehr ähnliche Ausdrucksweise sich finden, so wird die rei redintegrandae vindicatio mit großer Wahrscheinlichkeit auf die Appellationsstrafe[16]) bezogen werden dürfen.

In einiger Verlegenheit befinden sich die Ausleger unserer Stelle auch gegenüber dem Schlußsatze der Stelle: Servis autem res traditae dominis adquiruntur.

Nicht zwar darum, weil der Sinn der Worte nicht klar wäre, sondern weil man nicht zu begreifen vermag, wie die Kaiser einen so altbekannten trivialen Satz gerade in diesem Zusammenhange, in welchem von Erwerb durch freie Personen

16) Die Pönalsponsion bei der Apellation ist übrigens durch Diocletian und Maximian selbst in einer späteren Verordnung (l. 6 § 4. 6 C. de app. 7, 62) abgeschafft und durch eine arbiträre vom Richter zu verhängende Strafe ersetzt worden. Vgl. auch l. 43 Th. C. 11, 30 Provocantibus multas nisi ex nostris decretis non patimur imponi (Valens Gratian. Valent. 384).

ex professo die Rede und aller Nachdruck auf die Gegenüberstellung von Besitzerwerb und Erwerb von Forderungsrechten durch Andere gelegt ist, vortragen konnten.

Allein diese Bedenken sind doch nur dann begründet, wenn man in dem Schlußsatz einen von den Kaisern vorgetragenen allgemeinen Lehrsatz erblickt. Zu dieser Annahme sind wir indeß durch nichts genöthigt. Zweifellos bezieht sich das Vorangehende auf die concrete Sachlage des den Kaisern zur Entscheidung vorgelegten Falles. Nichts liegt daher näher, als auch in dem Schlußsatz die Entscheidung einer speziellen, gerade für diesen Fall interessierenden, Frage zu sehen. Von der einen Partei waren den Sklaven der anderen gewisse Sachen ausgehändigt worden und es war den Kaisern wahrscheinlich die Frage vorgelegt, ob mit Rücksicht auf die ihnen vorgetragene Sachlage das Eigenthum dem Herrn erworben sei. Diese Frage wird von den Kaisern bejaht. — An dieser Annahme hindert auch gewiß nicht das in der Stelle gebrauchte Präsens (adquiruntur), wenngleich in einem Perfectum (adquisita sunt) eine vollständige Bestätigung unserer Auffassung gelegen haben würde. Dabei bleibt immerhin möglich, daß die Kompilatoren den Schlußsatz des Rescriptes gerade darum aufgenommen hätten, weil er auch als allgemeiner Ausdruck eines allerdings allgemein bekannten Satzes aufgefaßt werden konnte.

IX.

Die Grenzen der freien Beweistheorie.

Von **Dr. O. Bähr.**

---

§ 259 der CPO. besagt: „Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei." Diese Bestimmung enthält einen richtigen Ausdruck des zu Grunde liegenden Rechtsgedankens, wenn man unter „nicht wahr" das Negative versteht, daß das Gericht von der Wahrheit der zu beweisenden Thatsache eine Ueberzeugung nicht gewonnen habe. Sie würde ein unrichtiger Ausdruck jenes Rechtsgedankens sein, wenn man unter dem „nicht wahr" das Positive verstände, daß das Gericht sich in jedem Falle zu entscheiden habe, ob es von der Wahrheit oder der (positiven) Unwahrheit der streitigen Thatsache überzeugt sei. Gleichwohl ist die Fassung der Bestimmung von der Art, daß sie leicht Minderkundige beirren kann. Einer solchen Beirrung entgegenzutreten, ist der Zweck dieses Aufsatzes. Es soll dabei zur leichteren Verständigung der Ausdruck „nicht wahr" in dem oben gedachten negativen, der Ausdruck „unwahr" in dem gedachten positiven Sinne gebraucht werden.

Wenn die Parteien im Rechtsstreite mit widersprechenden Behauptungen auftreten, so wird der Richter zunächst genau zu prüfen haben, ob darin wirklich ein Streit über Thatsachen oder nur etwa über die Auffassung von Thatsachen enthalten ist. Zwischen der Thatsache und dem sie bezeichnenden Wort liegt meistens eine gewisse Kluft, welche das Wort nicht als absolut genaue Bezeichnung der Thatsache erscheinen läßt. Diese Kluft zwischen Thatsache und Wort benutzen nun die Parteien sehr häufig, um den Thatsachen eine für ihr Interesse möglichst günstige Darstellung zu geben. Die Form, in welcher dieser Streit auftritt, bewegt sich meist in der Form des Behauptens und Leugnens. Dadurch gewinnt derselbe den Schein eines Streites über Thatsachen, ist es aber in Wahrheit nicht. So z. B.: Kläger behauptet, daß bei den Verhandlungen, aus welchen das streitige Rechtsverhältniß hervorgegangen, eine von ihm gestellte Frage vom Verklagten bejaht sei. Verklagter leugnet das. In Wahrheit hat nun Verklagter weder ja noch nein auf jene Frage geantwortet, sondern eine einigermaßen zweideutige Antwort gegeben, welche Kläger als Bejahung, Verklagter als Verneinung auffaßt. Streitigkeiten dieser Art sind nicht etwa nur selten. Ein großer Theil des in unseren Prozessen vorkommenden Behauptens und Leugnens bewegt sich auf diesem Gebiet. Wirkliche Thatsachen werden weit seltener bestritten, weil bei ihnen die Wahrheit eine zu große Macht übt. Es ist daher stets das Streben der Parteien, für die Thatsachen einen Ausdruck zu finden, der sich in wirklichem oder scheinbarem guten Glauben als wahr vertheidigen läßt. In Fällen der gedachten Art hat nun der Richter die Aufgabe, den scheinbaren Widerspruch aufzulösen, dadurch, daß er wo möglich über die zweideutige Bezeichnung der Thatsachen hinweg zu den wirklichen Thatsachen durchdringt. Für diesen Zweck ist das bei der mündlichen Verhandlung dem

Richter zustehende Fragerecht von unschätzbarem Werth. Er würde also in dem oben gedachten Falle zu fragen haben: „Was ist auf die Frage des Klägers vom Verklagten eigentlich geantwortet worden?" Gelingt es dem Richter, auf diesem Wege die wirklichen Thatsachen festzustellen, dann hat der Parteienstreit nicht mehr seine Lösung zu finden durch eine Beweisführung, sondern durch die richterliche Beurtheilung, welche natürlich nicht nach „freier Ueberzeugung", sondern nach den maßgebenden Rechtsregeln zu geschehen hat.

Für unsere weitere Ausführung kommt jedoch diese Art von „streitigen Behauptungen" nicht weiter in Betracht. Wir unterstellen vielmehr den Fall, daß eine wirkliche Thatsache, von der das Recht der Parteien abhängt, zwischen ihnen streitig ist; daß also, um bei dem oben gedachten Beispiele zu bleiben, Kläger behauptet, Verklagter habe die bei den Verhandlungen gestellte Frage mit „ja" beantwortet; während Verklagter dies leugnet, vielmehr „nein" geantwortet zu haben behauptet. Liegt ein solcher Widerstreit vor, so ist die Lage des Richters zunächst die: er hat keinen Grund, der einen Partei mehr zu glauben, als der andern. Er kann also bezüglich der streitigen Thatsache zunächst nur sagen: „Ich weiß es nicht!" Non liquet. Wie überwindet nun der Richter, der doch über die Sache ein Urtheil geben soll, dieses Non liquet? Daß diese Lösung des Non liquet keine willkürliche sein soll, ergiebt sich schon aus dem weiteren Satze des § 259: „In dem Urtheile sind die Gründe anzugeben, welche für die richterliche Ueberzeugung leitend gewesen sind." Natürlich müssen diese Gründe logisch gedachte sein.

Zur Lösung dieser Aufgabe weist das Gesetz den Richter zunächst an, er soll den gesammten Inhalt der Verhandlungen in Betracht ziehen. Diese genügen vielleicht schon, um für ihn die Ueberzeugung zu begründen, daß die Behauptung des

einen oder des anderen Theiles wahr sei. Es können nämlich bei den Verhandlungen durch das Zugeständniß der Parteien Thatsachen festgestellt sein, welche auf die Wahrheit oder Unwahrheit der zwischen den Parteien streitigen Thatsachen einen vernünftigen Schluß zulassen. Diese Art, die richterliche Ueberzeugung zu begründen, ist nicht neu. Sie ist längst bekannt, vorzugsweise freilich im Strafproceß, unter dem Namen des Indicienbeweises. Leider war die Anschauung von der Zulässigkeit dieses Beweises auch im Civilprozeß manchen Richtern entschwunden; und insofern ist es verdienstlich, daß die Civilprozeßordnung diesen Gedanken wieder belebt hat. Andererseits ist die Bedeutung dieses Indicienbeweises in Civilsachen doch nicht allzu hoch anzuschlagen; und zwar deshalb, weil die Parteien, wenn sie eine entscheidende Thatsache bestreiten wollen, in der Regel auch so schlau sind, die weiteren (vielleicht an sich gleichgültigen) Thatsachen zu bestreiten, welche auf die Wahrheit jener Thatsache schließen lassen. Die Bedeutung von Indicien im Civilprozeß geht daher meistens nicht über eine unterstützende Wirksamkeit hinaus.

Wo nun ein solcher Indicienbeweis fehlt, auch der Richter nicht etwa von Amts wegen durch Augenschein sich eine Ueberzeugung von der materiellen Wahrheit verschaffen kann, da ist es Aufgabe der Parteien, durch Erbringung positiver Gründe für die Wahrheit ihrer Behauptungen das richterliche Non liquet zu überwinden, d. h. Beweis zu führen. Gesetzt, die Parteien benennen zu diesem Zwecke Zeugen, und diese, dem Richter völlig glaubwürdig erscheinenden Zeugen bekunden übereinstimmend, wie es sich mit der streitigen Thatsache verhält (daß also, in dem obigen Beispiel, Verklagter auf die Frage des Klägers nicht „ja“, sondern „nein“ geantwortet habe), dann wird der Richter wahrscheinlich die Ueberzeugung gewinnen, daß die Behauptung des einen Theiles (also in unserem

Beispiele die des Verklagten) wahr sei; und diese positiv begründete Ueberzeugung schließt zugleich die Ueberzeugung in sich, daß die Behauptung des anderen Theils (des Klägers) unwahr sei.

Gesetzt aber, die Zeugen sagten nichts Erhebliches aus, oder sie widersprächen sich in der Art, daß der Richter weder zu Gunsten der einen noch der anderen Partei eine positive Ueberzeugung gewinnen könnte, oder auch die Parteien hätten gar keine Beweismittel gebracht: dann bleibt es also bei dem richterlichen Non liquet. Der Richter muß aber doch ein Urtheil geben. Wie hat er denn nun zu erkennen?

Die Antwort darauf giebt ihm die Lehre von der Beweislast. Daß die Prozeßordnung diese Lehre hat aufrecht erhalten wollen, ist unzweifelhaft. Man braucht nur, um sich davon zu überzeugen, z. B. auf die Bestimmung in § 412 derselben zu blicken. In der That würden mit Beseitigung dieser Lehre die gesammten Grundlagen unserer Rechtsordnung auseinandergesprengt sein. Die Aufrechterhaltung der Lehre von der Beweislast bedeutet aber nichts anderes, als daß das richterliche Non liquet nach wie vor im Prozesse seine Geltung behält. Sie bedeutet, daß, wenn der Richter die thatsächliche Behauptung weder des einen noch des anderen Theils als wahr, beziehungsweise unwahr, zu erkennen vermag, er zu Ungunsten desjenigen zu entscheiden hat, den die Beweislast trifft. Wäre der Richter in der Lage, stets zu erkennen, welche von den beiderseitigen Behauptungen wahr oder unwahr sei, so wäre die Lehre von der Beweislast überflüssig. Die Beweislast richtet sich nun aber nicht nach „freier Ueberzeugung“, sondern nach bestimmten Rechtsregeln, die theils aus der allgemeinen Natur der Dinge sich ergeben, theils mit der Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse genau zusammenhängen. Wenn also in dem obengedachten Beispiele die Beweislast den Kläger

trifft, und wenn ein zureichender Beweis nach keiner Seite erbracht wäre, so würde der Richter den Kläger abzuweisen haben, indem er dessen Behauptung im Sinne der Proceßordnung für „nicht wahr“ erklärte. Daß er dies aber thut und nicht etwa die Behauptung des Verklagten, für welche ebenso wenig Beweis erbracht ist, für „nicht wahr“ erklärt, ist kein Ergebniß „freier Ueberzeugung“, sondern bestimmter Rechtsregeln, eben der Regeln über die Beweislast. Daß diese Regeln die Natur bestimmter Rechtsregeln haben, findet unter anderem auch darin seine Anerkennung, daß Verstöße in Beurtheilung der Beweislast beim Reichsgericht als Revisionsgrund gelten.

Die „freie Ueberzeugung“, nach welcher der Richter entscheiden soll, ob eine Thatsache „wahr oder nicht wahr“ sei, beschränkt sich hiernach darauf, daß der Richter nach freier Ueberzeugung, d. h. nach menschlich verständigem Ermessen, zu beurtheilen hat, ob für die Wahrheit einer streitigen Thatsache, diese vom Standpunkt der beweispflichtigen Partei bemessen, ausreichende Gründe vorliegen oder nicht.

Um die Wahrheit der Thatsache zu verneinen, braucht er aber durchaus nicht von deren Unwahrheit überzeugt zu sein. Dieses von ihm verlangen, hieße etwas Unmögliches verlangen. Er kommt sehr häufig nicht weiter als zu seinem Non liquet. Und dieses genügt, um der beweispflichtigen Partei gegenüber die Thatsache als „nicht wahr“ zu erklären [1]).

---

1) Deshalb bedarf es auch, wenn die beweispflichtige Partei keinen Beweis angetreten hat, keiner Erhebung des Gegenbeweises. In diesem materiellen Sinne besteht der Begriff des Gegenbeweises auch im heutigen Processe noch fort; und der Ausspruch der Motive, „daß mit dem Beweissystem der Civilproceßordnung der Begriff des Gegenbeweises unvereinbar sei,“ ist unrichtig.

Für den nächsten Zweck des je vorliegenden Prozesses ist es nun in der Regel gleichgültig, ob der Richter eine Thatsache für nicht wahr (d. h. nicht bewiesen) oder für unwahr (d. h. positiv widerlegt) ansieht. Beides hat zunächst die nämliche Wirkung. Der richterliche Ausspruch bedeutet formal immer nur das erstere, weil es nur darauf ankommt und der letztere Ausspruch kein Ziel mehr hat.

Die Sache gewinnt aber Erheblichkeit, wenn wir an die streitige Thatsache noch weitere Rechtsfolgen geknüpft denken, bei welchen die Beweislast nicht die nämliche bleibt. Dann kann die Frage entstehen: Ist der Ausspruch des „nicht wahr" identisch mit einem Ausspruch des „unwahr?"

Denken wir uns, A. und B. haben eine Wette eingegangen, ob die Thatsache X eintreten werde oder nicht. Gesetzt, A. tritt klagend gegen B. auf mit der Behauptung, X sei eingetreten, und B. müsse ihm deshalb die Wette bezahlen. B. bestreitet, daß X eingetreten sei. Dann muß ohne Zweifel A., um seinen Anspruch auf den Wettgewinn zu begründen, Beweis führen. Gesetzt, er vermag diesen Beweis nicht zu führen, dann muß ihm gegenüber der Richter die Behauptung, daß X eingetreten sei, im Sinn der Prozeßordnung für „nicht wahr" erklären und ihn mit seinem Anspruch aus der Wette abweisen. Folgt daraus nun, daß B. die Wette gewonnen hat, und kann dieser ohne Weiteres den Wettgewinn von A. fordern? Keineswegs! Um seinerseits den Wettgewinn zu fordern, muß B. beweisen, daß X nicht eingetreten sei. Kann er hierfür keinen positiven Beweis erbringen, so hat der Richter gerade so gegen ihn als Beweispflichtigen anzunehmen, daß seine Behauptung „nicht wahr" sei, wie er dies früher dem A. gegenüber bezüglich der umgekehrten Behauptung angenommen hat. Und danach hat er auch ihn abzuweisen. Das ist durchaus kein Widerspruch.

Für Gott den Allwissenden giebt es allerdings nur eine Alternative: eine Thatsache ist eingetreten oder nicht eingetreten. Für den menschlichen Richter giebt es aber noch ein Drittes, das Non liquet. Und dieses Non liquet äußert unter Umständen seine Wirksamkeit nach beiden Seiten hin. Darüber kann auch keine freie Beweistheorie hinweghelfen.

Diese Erkenntniß vermag auch über die Bedeutung des Eides im Prozesse größere Klarheit zu verbreiten. Sind wir auch bei Anwendung des Eides an die positiven Bestimmungen der Prozeßordnung gebunden, so ist es doch nützlich, sich auch über diese Bestimmungen hinaus den freien Blick über dasjenige, was aus der Natur der Dinge sich ergiebt, zu bewahren.

Der Eid hat allerdings eine gewisse materielle Beweiskraft, indem er die durch ihn unterstützte Aussage relativ glaubhafter macht. In dieser materiellen Bedeutung übt der Eid seine Wirkung zunächst als Zeugeneid. Aber auch wenn der Richter nach § 437 der CPO. bei nicht völlig zureichendem Beweise einer der Parteien einen sogenannten Ergänzungseid auflegt, macht er von der materiellen Beweiskraft des Eides Gebrauch. Indem der Richter auf einen solchen Eid erkennt, erklärt er: „In Verbindung mit den bereits vorliegenden Beweisen wird für mich durch den hinzukommenden Eid der Partei — trotzdem daß dieser Eid an und für sich keine Glaubwürdigkeit in Anspruch nehmen kann — die zu beschwörende Thatsache dergestalt glaubwürdig, daß eine zureichende Ueberzeugung für mich begründet wird."

Anders steht die Sache bei dem zugeschobenen Eid. Der zugeschobene Eid kommt erst in Betracht, wenn alle andern Beweismittel fehlen oder versagt haben, auch nicht etwa Gegenbeweis schon erbracht ist (§ 411 CPO.). In dieser Lage der Sache hätte also der Richter das Non liquet zu verwirklichen,

d. h. gegen die beweispflichtige Partei zu erkennen. Da gestattet nun das Gesetz noch der beweispflichtigen Partei, dem Gegner „den Eid zuzuschieben.“ Was will damit die Partei? Will sie wirklich „durch den Eid“ des Gegners beweisen? Aber wenn der Eid vom Gegner geschworen wird, so hat ja die zuschiebende Partei ihren Beweis nicht erbracht. Sie will also nicht durch den Eid des Gegners beweisen, sondern durch etwas ganz anderes, nämlich durch das Geständniß des Gegners, welches durch die Eidesauflage erzwungen werden soll. Sie will dem Gegner — und das Gesetz giebt ihr das Recht dazu — dadurch, daß ihm der Eid über das Gegentheil ihrer Behauptung abverlangt wird, einen Gewissenszwang anthun, ihre Behauptung einzugestehn. Natürlich muß, um diesen Gewissenszwang vollständig zu üben, der Eid auch wirklich abgenommen werden. Wird nun dieser Eid geleistet, so ist der Beweis verfehlt, und der Richter hat zu Ungunsten des Beweisführers zu erkennen, nicht etwa deswegen, weil er durch den Eid von der Unwahrheit der zu beweisenden Thatsache überzeugt sein müßte — denn diese Ueberzeugung kann möglicher Weise sehr gering sein — sondern weil es an jedem Beweis zu Gunsten des beweispflichtigen Theiles mangelt und nun das Non liquet zur Geltung gelangt.

Daraus folgt zunächst: der Richter kann nicht etwa, wenn die beweispflichtige Partei dem Gegner den Eid zuschiebt, sagen: „Dieser Eid würde nach der Persönlichkeit des Schwörenden mir doch keine Ueberzeugung gewähren und deshalb lege ich den Eid gar nicht auf!“ Es ist ganz einerlei, welche Ueberzeugung dieser Eid dem Richter gewährt. Nicht als Ueberzeugungsmittel für den Richter wird er der Partei auferlegt, sondern als Mittel, die Partei zum Geständniß zu zwingen; und dieses Mittel kann der beweispflichtigen Partei nicht versagt werden. Eine weitere Folge ist aber die, daß

der ausgeschworene negative Eid nur die Wirksamkeit des Non liquet begründet; daß er also nur das „nicht wahr", nicht aber auch das „unwahr" der zu beweisenden Thatsache feststellt; selbst wenn er seinem Wortlaut nach auf das „unwahr" gestellt sein sollte.

Nehmen wir wieder das Beispiel der oben gedachten Wette zur Hand. Gesetzt, A., der für sich den Wettgewinn in Anspruch nimmt, schiebt B. über den Eintritt von X den Eid zu. B. schwört diesen Eid aus dahin, daß X nicht eingetreten sei. Dann wird A. mit seinem Anspruch abgewiesen. Kann nun etwa B. ohne Weiteres den Wettgewinn für sich in Anspruch nehmen, indem er sagt: „Durch meinen Eid steht fest, daß X nicht eingetreten ist. Folglich habe ich die Wette gewonnen?" Keineswegs! Der Nichteintritt von X ist durch den ausgeschworenen Eid des B. nur im negativen Sinne zu Ungunsten des A. festgestellt, nicht auch im positiven Sinne zu Gunsten des B. Es wäre ja möglich, daß kraft der freien Beweistheorie der Richter erklärte: „Durch den Eid des B. habe ich (auch positiv) die Ueberzeugung gewonnen, daß die Thatsache X n i c h t eingetreten ist, und deshalb verurtheile ich den A. aus der Wette." Es bedürfte jedoch hierzu immer noch einer besonderen Erwägung (über die persönliche Glaubwürdigkeit des B. ꝛc.). Der Richter würde sich aber auch mit seiner früheren Entscheidung nicht in Widerspruch setzen, wenn er ausspräche: „Durch den Eid des B. in dem Prozesse des A. ist der Nichteintritt von X nur in dem Sinne festgestellt, daß A. die Wette nicht gewonnen hat, nicht aber auch in dem Sinne, daß B. die Wette gewonnen hat. Um letzteres anzunehmen, bedarf es noch des positiven Beweises, daß X nicht eingetreten sei, und dieser Beweis wird durch den früheren Eid des B. nicht erbracht." Wenn nun B. diesen Beweis nicht zu führen vermöchte, so würde er mit Recht abgewiesen

werden. Und wenn er zur Erbringung desselben dem A. den Eid zuschöbe, so würde A. berechtigt sein, den Nichteintritt von X eidlich zu verneinen, mit der Wirkung, daß nun auch B. mit seinem Anspruch auf den Wettgewinn abgewiesen würde. Dieser Eid würde allerdings, ins Positive übersetzt, dahin gehen, daß X eingetreten sei, und würde solchergestalt zu dem früheren Eid des B. in direkten Widerspruch treten. Das läßt sich aber nicht ändern. Es ist Folge der prozessualischen Sachlage. Natürlich könnte auch keine von beiden Parteien — auch abgesehen von der Möglichkeit eines Irrthums — ohne Weiteres des Meineids bezichtigt werden.

Will die Partei, welcher der Eid zugeschoben wird, den Eid nicht schwören, so knüpft das Gesetz nicht ohne Weiteres für sie die Folge daran, als geständig zu gelten. Vielmehr giebt es ihr das Recht, den Eid zurückzuschieben, d. h. zu verlangen, daß der Beweispflichtige selbst erst die Wahrheit seiner Behauptung beschwöre. Auch hier ist der Gedanke der, daß der Zurückschiebende darauf spekulirt, durch das Geständniß des Beweisführers Gegenbeweis zu erbringen, der seine eigene Ablehnung des Eides gerechtfertigt erscheinen läßt. Dieses Geständniß soll durch die Eidesauflage erzwungen werden. Schwört nun der Beweisführer den zurückgeschobenen Eid aus, so ist dieser Gegenbeweis mißlungen, und nun steht die Ablehnung des Eides seitens des Beweisgegners ohne Rechtfertigung da. Er wird verurtheilt; aber nicht deshalb, weil der Richter durch den geleisteten Eid des Beweisführers von der Wahrheit der Thatsache überzeugt sein müßte. Das kann möglicher Weise gar nicht der Fall sein; und der Richter muß doch den Gegner verurtheilen.

Gleichwohl ist nicht zu verkennen, daß der dem Beweisführer zurückgeschobene und von diesem ausgeschworene Eid, indem er positiv die Wahrheit der behaupteten Thatsache fest-

stellt, eine andere Bedeutung gewinnt als der nur negativ ausgeschworene des Beweisgegners über die Nichtwahrheit der behaupteten Thatsache. Und wenn daher in dem oben gedachten Falle der Wette auf die Klage des A. B. den zugeschobenen Eid über den Eintrit von X an A. zurückgeschoben und dieser ihn ausgeschworen hätte, so würde es sich rechtfertigen, damit auch den auf den Nichteintritt von X gegründeten Anspruch des B. auf den Wettgewinn für ausgeschlossen zu erachten. Der Richter kann wohl dahin kommen, auf Grund des Non liquet die beiderseitigen Ansprüche aus der Wette zurückzuweisen, nicht aber auch, nachdem er den einen zuerkannt hat, auch noch den andern zuzuerkennen.

Man sieht hieraus, daß der Ausspruch in § 428 der CPO.: „Durch Leistung des Eides wird voller Beweis der beschworenen Thatsache begründet", jedenfalls nicht so einfach ist, wie er auf den ersten Blick erscheint. Ohne Zweifel hat dieser Ausspruch nichts Neues bestimmen wollen. Und deshalb kann derselbe zunächst nur im formellen Sinne, d. h. dahin verstanden werden, daß der Richter nicht berufen sei, das durch den Eid Festgestellte vom Standpunkt freier Ueberzeugung zu beurtheilen.

An die hier dargelegte Bedeutung des Schiedseids knüpfen wir noch folgende Betrachtungen.

Zunächst ergiebt sich daraus, wie verkehrt es war, wenn eine juristische Agitation, die selbst bis in die Reichsjustizkommission hineinreichte, darauf ausging, die Lehre vom Schiedseid zu beseitigen und eine „Vernehmung der Parteien als Zeugen" an die Stelle zu setzen. Diese Weisheit glaubte man dem englischen Prozeß entnehmen zu sollen, der ursprünglich gar keinen Eid der Parteien kannte und dann auf dieses klägliche Surrogat verfallen war. Ausdrücklich wurde diese

neue Institution mit der freien Beweistheorie in Verbindung gebracht, für welche sie die Krönung des Gebäudes bilden ollte. Bei Einführung derselben hätte sich nun zunächst die Frage gestellt: wer soll denn eigentlich als Zeuge vernommen werden? Beide Parteien? Oder nur eine? Sagt man, beide Parteien, so würde es sehr häufig dahin kommen, daß jede Partei eidlich das Gegentheil von dem aussagt, was die andere aussagt; und dann ist der Richter so klug wie vorher. Er steht rathlos da. Der Parteieneid ist für ihn werthlos geworden. Sagt man aber: nur eine Partei soll vernommen werden, dann entsteht vor allem die Frage: welche von beiden? Natürlich würde sich jede Partei eifrigst dazu drängen, ihr Recht sich selbst zu bezeugen. Denn was wäre bequemer als das? Wollte man nun die Bestimmung der zu vernehmenden Partei frei dem Richter überlassen, so würde dieser auch diejenige Partei dazu auswählen können, die wir jetzt als die beweispflichtige bezeichnen. Damit wäre die Lehre von der Beweislast thatsächlich in die Luft gesprengt. Denn das Charakteristische dieser Lehre besteht eben darin, daß, wenn es auf den Eid ankommt, diejenige Partei die nächstberechtigte zum Eide ist, welche vom Beweise frei ist. Eine Beseitigung dieser Regel wäre eine Revolution unseres Rechtslebens, wie man sie sich ärger kaum denken kann. Aber sicherlich würde sie nicht zum Bessern führen. Wollte man dagegen die Auswahl der zu vernehmenden Partei in der Art beschränken, daß jederzeit diejenige Partei als Zeuge zu vernehmen wäre, welche nach den bisherigen Grundsätzen zum Schiedseide berechtigt war, so würde der Schaden allerdings nur darin liegen, daß an die Stelle einer genauen, durch Urtheilsspruch gesicherten Bestimmung des von der Partei zu Beschwörenden eine mehr oder minder willkürliche Befragung durch einen einzelnen Richter träte, welche bei etwaiger Befangenheit oder Unge-

schicklichkeit dieses Richters oft die Partei in die peinlichste Lage bringen und zu häufigen Meineidsprozessen führen würde. Auch wir halten es für durchaus geboten, daß zur Klarstellung unbestimmter Behauptungen eine möglichst genaue Befragung der Parteien (beziehungsweise ihrer Vertreter) eintritt. (Siehe oben S. 395.) Aber diese Befragung gehört vor den Eid der Parteien, nicht hinter denselben. Hat der Richter in dem Vorverfahren diese Befragung gehörig geübt, dann wird es ihm auch möglich sein, genau zu bestimmen, worauf es ankommt, und danach den Parteieneid zu formuliren. Die so häufig vorkommende Erscheinung, daß, den hinterhaltigen Behauptungen der Parteien entsprechend, Eide unbestimmt oder unklar gefaßt werden, daß dann vielleicht erst im Eidestermine die wahren Thatsachen hervortreten und nun die Frage entsteht: kann danach der Eid geschworen werden oder nicht? oder daß gar erst nach ausgeschworenem Eide die wirklichen Thatsachen kund werden und nun die Frage entsteht: hat die Partei einen Meineid geschworen? — alle diese Mißstände würden meistens vermieden werden, wenn der Richter von vornherein sich die Mühe gäbe, den Behauptungen der Parteien auf den Grund zu gehen und danach die Eide festzustellen [2]). Diese Mißstände aber durch Vernehmung der Par-

---

2) Hierfür folgendes Beispiel, das die „Berliner Gerichtszeitung" vom 17. Juli 1886 brachte. Dem Kläger war der Schiedseid rechtskräftig dahin auferlegt:

> „Ich schwöre, daß ich dem Beklagten die in der Klagerechnung aufgeführten Waaren am 13. März 1885 übergeben habe."

Im Eidestermin brachte der Beklagte den Nachweis bei, daß er am 13. März gar nicht an dem Ort der Uebergabe gewesen sei. Nun erklärte der Kläger, daß er an gedachtem Tage die Waaren einem Schiffer für den Beklagten übergeben habe, diese Uebergabe aber nach § 128 Th. I Tit. 11 des ALR. als an den Beklagten vollzogen anzusehen sei. Um letztere Frage drehte sich also eigentlich der Prozeß. Und hätte man das durch gehörige

teien als Zeugen heilen wollen, hieße Zahnweh kuriren durch Kopfabschneiden.

Eine ähnliche Agitation war um die damalige Zeit darauf gerichtet, den Glaubenseid aus dem Civilprozeß zu verbannen; und leider ist dieselbe theilweise auch von Erfolg gewesen. Man sagt, es sei eine Härte gegen eine Partei, von ihr einen Glaubenseid zu verlangen, weil dieser Eid in seiner Unbestimmtheit das Gewissen allzu sehr belaste. Auch könne der Glaubenseid keine Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit der Thatsache begründen; denn dafür sei es gleichgültig, ob die Partei die Thatsache glaube oder nicht.

Für das richtige Verständniß dieser Lehre müssen wir noch eine weitere Betrachtung vorausschicken.

Daß im Prozeß bei Streit über Thatsachen die eine Partei mit dem Beweise belastet wird, während die andere davon frei ist, ist eine aus der Unvollkommenheit menschlicher Verhältnisse sich ergebende Nothwendigkeit. Dabei aber ist nicht zu verkennen, daß die Beweislast für die damit behaftete Partei immer eine gewisse Härte in sich trägt. Unzählige Rechte gehen an der Unmöglichkeit, Beweis zu erbringen, verloren. Wir fordern also Beweis von der einen oder der andern Partei nur deshalb, weil wir nicht anders durchkommen können; und wir wählen dazu diejenige Partei, welche nach der Natur des Verhältnisses diese Ungunst am wenigsten hart

Befragung früher erkannt, so würde es zu gar keiner Eidesauflage gekommen sein. Wie das Gericht entschieden, ist nicht mitgetheilt. Die Gerichtszeitung meinte aber, der Kläger habe jedenfalls ein Recht erworben durch Ausschwörung des zuerkannten Schiedseides den Prozeß zu erledigen. Das ist sicherlich falsch. Vielmehr hatte nun zunächst das Gericht zu entscheiden, ob die Uebergabe an den Schiffer der Uebergabe an den Beklagten gleichstehe. Wurde diese Frage verneint, so konnte Kläger den Eid nicht ausschwören.

trifft. Um so mehr aber sind wir verpflichtet, dieser mit dem Beweis belasteten Partei auch alle einigermaßen geeigneten Mittel zu gewähren, um die Wahrheit zu Tage zu fördern. Und darauf beruht es, daß wir im Civilprozeß, trotz der Bedenken, welche der Parteieneid durch die in ihm liegende Versuchung zum Meineide in sich trägt, das Recht gewähren, über die Wahrheit ihrer Behauptungen vom Gegner den Eid zu verlangen; während man im Strafprozeß es längst aufgegeben hat, den Beweis gegen den Angeschuldigten durch Auflage eines Eides zu versuchen.

Wenn nun der Beweisgegner erklärt: „Ich kann die Thatsache, welche die Jenseite behauptet, nicht eidlich verneinen, weil ich keine unmittelbare Wissenschaft davon habe; ich halte mich aber für berechtigt, sie zu bestreiten, weil ich nicht glaube, daß sie wahr ist," — kann es dann wohl eine Härte genannt werden, wenn der Beweisführer erwidert: „Dann beschwöre wenigstens deinen guten Glauben!" —? Das ist eben das Geringste, was der Beweispflichtige in seiner schwierigen Lage verlangen kann. Wenn der Beweisgegner nicht einmal seinen guten Glauben beschwören kann, mit welchem Rechte leugnet er dann die Thatsache, die der Andere versichert? Und wenn man sagt, ein solcher Glaubenseid treffe den Schwörenden zu hart, so verkennt man, daß die Versagung dieses letzten Mittels zur Erforschung der Wahrheit den mit dem Beweis Belasteten noch weit härter trifft. Es ist auch nicht richtig, wenn man meint, daß ein solcher Glaubenseid stets in der Luft schwebe. Die Sache kann so liegen, daß der Schwurpflichtige, wenn er einigermaßen gewissenhaft ist, keineswegs im Stande ist, ihn zu leisten, und sich deshalb zu einem Geständniß bequemen muß. Es liegt z. B. eine Urkunde vor, deren Echtheit der Beweisgegner, trotzdem ihm die Handschrift sehr wohl bekannt ist, ableugnet. Ist es da

wohl Gerechtigkeit, wenn er damit abkommt, zu sagen: „Einen Wissenseid kann ich nicht schwören, einen Glaubenseid brauche ich nicht zu schwören"?

Wenn man dann weiter sagt: der Glaubenseid einer Partei könne den Richter doch von der Wahrheit der Thatsachen nicht überzeugen, so ist dies zunächst insofern nicht ganz richtig, als unter Umständen die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit einer Thatsache doch verstärkt werden kann dadurch, daß er von dem guten Glauben der Partei, die den thatsächlichen Verhältnissen meist näher steht, sich Ueberzeugung verschafft. Aus diesem Gesichtspunkt ist es auch durchaus nicht unverständig, wenn der Richter seinen Urtheilsspruch an einen nach § 437 CPO. auferlegten Eid knüpft, der nur als Glaubenseid ausgeschworen werden kann. Für den zugeschobenen Eid trifft aber jener Gegengrund schon deshalb nicht zu, weil dessen Ausschwörung gar nicht dazu bestimmt ist, die richterliche Ueberzeugung zu begründen. (Vgl. S. 402.)

Die Civilprozeßordnung (§ 410 u. 413) hat jener Agitation halb Folge gegeben und halb nicht. Sie hat bei der Eideszuschiebung und Zurückschiebung den Glaubenseid über Handlungen des Rechtsvorgängers oder Vertreters des Schwurpflichtigen (in Hinblick auf „die unbeweisbaren Bedürfnisse des Rechtslebens," sagen die Motive) beibehalten, im Uebrigen aber abgeschafft. Das ist durchaus inkonsequent. Denn wenn die Gründe, die man gegen den Glaubenseid anführt, richtig wären, so könnte auch über Handlungen eines Rechtsvorgängers oder Vertreters der Glaubenseid nicht bestehen bleiben. Immerhin ist es ein wahres Glück, daß wenigstens für diesen wichtigsten Fall die Prozeßordnung den Glaubenseid aufrecht erhalten hat. Die Motive führen in anschaulicher Weise aus, wie an die Versagung desselben sich öfters für die beweispflichtige Partei das Gefühl völliger Rechtlosigkeit knüpfen würde. Das

trifft aber nicht blos bei jenen vorbehaltenen Ausnahmen, sondern in viel weiterem Umfange zu. Wo daher jene Ausnahmen nicht helfen, wird der Richter wenigstens zu erwägen haben, ob er nicht durch einen nach § 437 aufzulegenden richterlichen Eid dem Mangel des Gesetzes nachhelfen könne.

Die Agitation gegen den Glaubenseid hat in der Prozeßordnung noch zu einer andern Aenderung geführt, die gleichfalls für eine Verbesserung nicht zu halten ist. Die früheren Formen, in welchen der Glaubenseid auferlegt wurde, waren für den verneinenden Eid:

> daß der Schwurpflichtige nicht wisse und nicht glaube,...;

für den bejahenden Eid:

> daß der Schwurpflichtige nicht anders wisse, vielmehr glaube,...

Statt dessen soll nach § 424 CPO. der Glaubenseid dahin geleistet werden:

> daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt habe oder nicht erlangt habe, daß die Thatsache wahr sei.

Die Motive sagen dazu: „Die gewählte Form des Ueberzeugungseides nimmt auf die Gewissenhaftigkeit des Schwurpflichtigen die gebührende Rücksicht und dürfte geeignet sein, die leichtsinnige Leistung von Eiden nach Möglichkeit zu verhüten." Nun ist es ja richtig, daß der bejahende Glaubenseid einigermaßen verstärkt wird, wenn der Eidespflichtige schwören muß, von der Wahrheit der Thatsache „die Ueberzeugung" erlangt zu haben. Für den weit häufigern und wichtigeren Fall des verneinenden Glaubenseides enthält dagegen die Form, „nicht die Ueberzeugung erlangt zu haben," nicht eine Schärfung, sondern eine Abschwächung des Eides,

welche dessen leichtsinnige Ausschwörung nur fördern kann. Auch steht dahin, wie sich der Schwurpflichtige mit jener Formel abfinden soll in Fällen, wo er „Erkundigungen“ über die Wahrheit der Thatsache einzuziehen gar nicht im Stande war.

Beachtung verdient noch, daß der verneinende Glaubenseid nicht etwa dahin regulirt ist:

> daß der Schwurpflichtige die Ueberzeugung erlangt habe, daß die Thatsache unwahr sei;

sondern nur dahin:

> daß er die Ueberzeugung nicht erlangt habe, daß die Thatsache wahr sei.

In dieser durchaus sachentsprechenden Formulirung des verneinenden Glaubenseides tritt die nur negative Natur des verneinenden Eides überhaupt klar hervor.

Es giebt noch eine Lehre, welche gleichfalls die noch fortdauernde Wirksamkeit des richterlichen Non liquet zur Anschauung zu bringen geeignet ist. Das ist die Lehre von der Beleidigung durch Behauptung ehrenrühriger Thatsachen. Ist diese Behauptung auf eine Handlung gerichtet, welche Gegenstand gerichtlicher Feststellung wird, und wird hierbei diese Handlung nicht als erwiesen angenommen, so entsteht die Frage: ist nun die Behauptung jener Thatsache als Beleidigung oder Verleumdung zu bestrafen? Auch diese Frage ist unter Umständen zu verneinen, so daß also auchhier wieder das Non liquet sich nach beiden Seiten hin geltend macht. Der Beschuldigte wird nicht wegen der ihm schuld gegebenen Handlung bestraft, weil die Wahrheit der Anschuldigung nicht erwiesen ist. Der Beschuldiger kann aber auch nicht wegen Beleidigung bestraft werden, weil die Unwahrheit der Anschuldigung nicht erwiesen ist. Zur näheren Darlegung dieser nicht ganz einfachen Lehre würde jedoch eine Auseinandersetzung nöthig sein, welche in den Rahmen dieses

Inhalt.

Die Herren Mitarbeiter erhalten für ihre Beiträge ein Honorar von 40 Mark und außerdem werden ihnen 12 Sonderabdrücke unentgeltlich geliefert, eine größere Anzahl gegen Erstattung der Herstellungskosten.

Manuscriptsendungen sind nach Göttingen an die Adresse eines der Herausgeber zu richten.

Der Redaction der **„Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts"** werden nicht selten Prüfungsarbeiten aus dem Referendarexamen und Doctordissertationen zur Aufnahme in die „Jahrbücher" zugesandt. Sie sieht sich zu der Erklärung genöthigt, daß sie derartige Erstlingsarbeiten ungelesen an ihre Verfasser zurückgehen lassen wird.

Die Redaction.

Aufsatzes nicht gut paßt. Ich behalte mir vor, in einem besonderen Aufsatze darauf zurückzukommen.

Die freie Beweistheorie versetzt den Richter keineswegs in die Lage, sich über das Wahr oder Unwahr einer Thatsache stets eine positive Ueberzeugung zu bilden. Er muß auch heute noch öfters mit dem Non liquet sich begnügen. Dieses Non liquet gilt im Sinne die Prozeßordnung als „nicht wahr" zu Ungunsten desjenigen, welchen die Beweislast trifft. Es ist ein Irrthum, zu glauben, der Richter könne wirklich, einem Gotte gleich, über Wahrheit oder Unwahrheit aller Thatsachen nach freier Ueberzeugung entscheiden.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena.




Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

Dr. Rudolf v. Jhering,

Dr. Ferd. Regelsberger und **Dr. Richard Schröder,**

Professoren an der Universität in Göttingen.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger und **Dr. Otto Bähr,**

Präsidenten des Reichsgerichts in Wien. Reichsgerichtsrath a. D. in Kassel.

XXV. Band. 5. und 6. Heft.

Neue Folge XIII. Band. 5. und 6. Heft.

Jena,

Verlag von Gustav Fischer.

1887.

Inhalt.

Die Herren Mitarbeiter erhalten für ihre Beiträge ein Honorar von 40 Mark und außerdem werden ihnen 12 Sonderabdrücke unentgeltlich geliefert, eine größere Anzahl gegen Erstattung der Herstellungskosten.

Manuscriptsendungen sind nach Göttingen an die Adresse eines der Herausgeber zu richten.

Der Redaction der **„Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts"** werden nicht selten Prüfungsarbeiten aus dem Referendarexamen und Doctordissertationen zur Aufnahme in die „Jahrbücher" zugesandt. Sie sieht sich zu der Erklärung genöthigt, daß sie derartige Erstlingsarbeiten ungelesen an ihre Verfasser zurückgehen lassen wird.

Die Redaction.

Aufsatzes nicht gut paßt. Ich behalte mir vor, in einem besonderen Aufsatze darauf zurückzukommen.

Die freie Beweistheorie versetzt den Richter keineswegs in die Lage, sich über das Wahr oder Unwahr einer Thatsache stets eine positive Ueberzeugung zu bilden. Er muß auch heute noch öfters mit dem Non liquet sich begnügen. Dieses Non liquet gilt im Sinne die Prozeßordnung als „nicht wahr" zu Ungunsten desjenigen, welchen die Beweislast trifft. Es ist ein Irrthum, zu glauben, der Richter könne wirklich, einem Gotte gleich, über Wahrheit oder Unwahrheit aller Thatsachen nach freier Ueberzeugung entscheiden.

X.

Ueber Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Willensübereinstimmung der Contrahenten.

Von

Prof. **Dr. Eisele** in Freiburg.

Amicus Plato, magis amica veritas.

I.

Noch immer kann als herrschende Lehre des gemeinen Rechts bezeichnet werden die Ansicht, daß eine Willenserklärung — eine Handlung welche sich als Erklärung eines rechtsgeschäftlichen Willens darstellt — dem Willen des Erklärenden wenigstens insoweit entsprechen müsse, daß nicht etwas Anderes erklärt ist, als was gewollt ist, und daß, wenn dies nicht der Fall, wenn also Wille und Erklärung auseinander sind, die Erklärung nichtig sei. Es ist nicht unsere Absicht, in den folgenden Zeilen das Problem, welches in hervorragenderen neueren Abhandlungen mit der Gegenüberstellung „Wille und Willenserklärung" oder „Wort und Wille im Rechtsverkehr" gekennzeichnet wird, in seinem ganzen Umfange zu behandeln. Wir beschränken uns vielmehr auf den Fall (welcher freilich

für die Praxis der wichtigste und in der Theorie am meisten besprochene und bestrittene ist), daß bei einem obligatorischen Vertrag übereinstimmende Vertragserklärungen vorliegen, während es an Willensübereinstimmung fehlt und dieser Consensmangel zunächst unbemerkt bleibt (verborgener Dissens). Dabei mag daran erinnert werden, daß solcher Dissens in verschiedener Weise sich ergeben kann. Einmal so, daß der eine Contrahent als seinen Willen etwas Anderes erklärt, als was er wirklich will, und der andere sich nun an die Erklärung hält; oder so, daß Jeder erklärt, was er wirklich will, eines Jeden Erklärung auch mit der des Andern übereinstimmt, aber der Eine mit seiner Erklärung einen andern Sinn verbindet, als der Andere. Ausgeschlossen dagegen bleibt der Fall, wo die Uebereinstimmung der Erklärungen nur eine subjective, vermeintliche ist, wo also z. B. die Ablehnung einer Offerte als Annahme verstanden wurde.

Angewendet auf den obligatorischen Vertrag ergiebt das angegebene Princip, daß zum Zustandekommen eines solchen zusammenstimmende Erklärungen nicht genügen, sondern daß diese äußere Einstimmigkeit getragen sein muß von Uebereinstimmung der beiderseitigen Willen wenigstens insoweit, daß in Bezug auf keinen wesentlichen Punkt die beiderseitigen Willen thatsächlich auseinandergehen. An noch stärkerer Betonung des Willensmomentes vom Standpunkte rein psychologischer Betrachtung aus hat es zwar nicht gefehlt, indem von der Wesentlichkeit des Dissensgegenstandes — wenigstens in dem Sinne, in dem die herrschende Doctrin sie versteht — abgesehen wurde (Zitelmann); aber die betreffenden Aufstellungen haben sich allgemeinen Beifalls nicht zu erfreuen gehabt.

Diese herrschende Ansicht hat nun in neuerer Zeit, und zwar, was ganz besondere Beachtung verdient, vorwiegend aus

den Reihen der Praktiker, — statt aller Uebrigen sei Bähr genannt — eine entschiedene und zuversichtliche Opposition gefunden, welche im Namen der Sicherheit des Verkehrs fordert, daß auf die Erklärung das entscheidende Gewicht gelegt und das Fehlen eines dem Inhalte der Erklärung entsprechenden Willens nicht beachtet werde. Für den obligatorischen Vertrag ergiebt dies, daß innere Willensübereinstimmung der Contrahenten nicht erforderlich ist, vielmehr übereinstimmende Vertragserklärungen immer auch ein Vertrag sind, mag auch der eine Contrahent in Bezug auf einen wesentlichen Punkt etwas ganz Anderes sich vorgestellt und gewollt haben, als der andere (sog. Erklärungstheorie). Von verschiedenen Seiten her hat man sich sodann bemüht, diese Sätze theils auf aprioristischem Wege aus der psychologischen Analyse der Willenserklärung heraus zu deduciren, theils als in den richtig verstandenen Quellen des römischen Rechts enthalten nachzuweisen; von Nennung der Schriftsteller und Berichterstattung über die Einzelheiten kann hier füglich abgesehen werden. Das kräftigste und überzeugendste Argument für diese Ansicht ist aber immer dasjenige geblieben, welches die ganze Opposition ins Leben gerufen hat; ja man kann sagen, dieses Argument, die unabweisliche Rücksicht auf die Postulate des Verkehrs, oder, wenn man lieber will, auf die Postulate unseres Rechtsgefühls hinsichtlich des Verkehrs, habe das Feld insofern siegreich behauptet, als wohl alle Vertreter der oben als herrschend bezeichneten Doctrin sich zu irgendwelchen Concessionen in dieser Richtung herbeigelassen haben. Schwerlich wird irgend eine Ansicht auf allgemeine Annahme zählen dürfen, welche in dieser Beziehung nicht für befriedigend erachtet werden kann, und daß dem so ist, kann neben manchen bedenklichen Zeichen nur als ein gutes Zeichen für die heutige deutsche Rechtswissenschaft angesehen werden.

Natürlich fehlte es auch nicht an eigentlichen Vermittlungsversuchen. Bei solcher Vermittlung erscheinen die beiden im Allgemeinen soeben gekennzeichneten Theorien als die Extreme, zwischen denen das Richtige in der Mitte liegen dürfte, und so wird es auch geradezu ausgesprochen, z. B. von Dernburg Pand. I § 99 S. 226: „von zwei Extremen haben wir uns hiernach fernzuhalten" 2c. Diese Vorstellung ist aber doch nicht zutreffend. Das eigentliche Extrem der Erklärungstheorie, ihr conträres Gegentheil, wäre doch offenbar eine Ansicht, welche dahin ginge, daß ein von der Erklärung verlassener Wille gleichwohl rechtliche Wirkung habe. Diese supponirte Ansicht könnte man etwa die Willenstheorie nennen, und ihr könnte der Vorwurf spiritualistischer Einseitigkeit, welcher der herrschenden Meinung gegenüber nicht selten erhoben wird, mit Recht gemacht werden. Von solchem Extrem ist aber die herrschende Ansicht weit entfernt. Sie leugnet durchaus, daß, wenn Wille und Erklärung auseinander sind, der Wille zu gelten habe; nur leugnet sie eben so entschieden, daß im gleichen Falle die Erklärung zu gelten habe.

Hiernach scheint die Sache in Wahrheit so zu liegen, daß die herrschende Ansicht nicht ein Extrem ist, sondern daß vielmehr gerade sie zwischen zwei Extremen mitten inne liegt, von denen das eine eben die Erklärungstheorie ist. Die herrschende Ansicht erscheint aber auch als diejenige Theorie, welche an der Einheit der Willenserklärung festhält, indem sie weder dem Willen ohne bezw. außer dem Wort, noch auch dem Worte ohne den Willen dieselbe Wirkung zugesteht, welche nach ihr nur der Einheit beider zukommt.

Ist hier die Stellung der herrschenden Theorie richtig angenommen, so wird nothwendig jeder Vermittlungsversuch zwischen der herrschenden Meinung und der Erklärungstheorie in der That nicht die Mitte zwischen zwei Extremen einnehmen,

sondern mehr oder weniger nach dem Extrem der Erklärungstheorie hin gravitiren.

Dies gilt auch von einem der neuesten Vermittlungsversuche, der vortrefflich geschriebenen Abhandlung von G. Hartmann „Wort und Wille im Rechtsverkehr" in Bd. 20 S. 1 ff. dieser Jahrbücher (1881)[1]). Wenn wir diese Abhandlung zum Ausgangspunkte unserer Untersuchung machen, so hat dies seinen Grund darin, daß ihre Ergebnisse uns eine Zeit lang völlig befriedigten (vgl. jetzt auch die Zustimmung Dernburgs Pand. I § 99 Note 2) und daß wir es ihren Anregungen mit verdanken, wenn es uns gelungen sein sollte, in den folgenden Zeilen etwas Förderndes in dieser durch die fortgesetzten Erörterungen mehr und mehr verwickelt gewordenen Materie vorzubringen. Da aber die Abhandlung Hartmanns ein derartiger Angriff auf die herrschende Theorie ist, daß diese ihm in allen ihren Theilen erliegen zu müssen scheint, so ist es, da wir die Grundlage derselben für vollständig richtig halten (aber freilich auch nur diese), unvermeidlich, die eigenen Ausführungen mit kritischen Erörterungen zu verbinden bezw. sie durch solche vorzubereiten.

Die Stärke des Hartmann'schen Angriffs liegt ohne Zweifel auch in der Vermeidung von Einseitigkeiten und in der Betonung des Princips der bona fides. Nach Hartmann ist weder der innere Wille noch die äußere Manifestation desselben schlechthin entscheidend; es ist vielmehr maßgebend sowohl nach der Entwicklung des römischen Verkehrsrechts als nach dem neueren ius aequum das folgende Princip: das

1) Einen vermittelnden Standpunkt nimmt unseres Erachtens auch ein die Schrift von Leonhard, der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischem Recht (1882/83), deren Schwerpunkt in der Beweisführung aus den Quellen und in der Casuistik liegt.

Zurückgehen auf den innern Willen mit dem Erfolge, die äußere Erklärung ihrer Wirkung zu berauben, ist zulässig, wo die bona fides es rechtfertigt; es ist unzulässig, wo es mit der bona fides in Widerstreit treten würde (S. 43).

Hier ist also anerkannt, daß, wie es der bona fides und der Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs widerstreiten kann, sich äußerlich übernommenen Vertragsverpflichtungen durch die Berufung auf einen abweichenden innern Willen entziehen zu wollen, so auch unter Umständen es mit derselben bona fides unverträglich sein kann, den Andern bei dem gesprochenen oder geschriebenen Worte behaften zu wollen.

Unterscheidet sich hierdurch Hartmanns Ansicht vortheilhaft von der rigorosen Einseitigkeit z. B. Bährs, so ist doch unverkennbar, daß auch Hartmann eine ganz entschiedene Präponderanz der Erklärung gegenüber dem Willen statuirt. Das Princip der bona fides führt nach ihm dazu, etwas Erklärtes wegen Willensmangels zu invalidiren, anderseits auch dazu, einer Erklärung, obwohl ihrem Inhalte ein Wille nicht entspricht, eine diesem Inhalte gemäße rechtliche Wirkung zu verschaffen, niemals aber dazu, einen Willen, der nicht erklärt ist, mit Rechtswirkung auszustatten. Daß die vom Willen verlassene Erklärung keine Rechtswirkung hat, dazu bedarf es eines besonderen rechtfertigenden Grundes, der darin allein, daß der Erklärende in bona fide war und nicht betrügen wollte, noch nicht gefunden werden kann (S. 40 f.); daß aber bei Divergenz von Wille und Erklärung der Wille keine Wirkung hat, das bedarf keiner Begründung, ja es wird von Hartmann als so vollkommen selbstverständlich angesehen, daß er es gar nicht besonders erwähnt.

Der nicht zu beanstandende beweisrechtliche Satz: durch übereinstimmende Erklärungen wird auch Willensübereinstimmung, also das Zustandekommen eines Vertrages bewiesen bis

zum Beweise des Gegentheils, wird bei Hartmann zu dem materiellrechtlichen Satze: die Erklärung hat zu gelten, bis es als durch die gute Treue gerechtfertigt erscheint, sie durch die voluntatis quaestio zu beseitigen. Dies soll nun nach Hartmann in drei Fällen zutreffen (S. 41 f.): wenn die Disharmonie zwischen Wille und Erklärung von der anderen Partei bemerkt wurde oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit bemerkt werden mußte; wenn die untergelaufene Divergenz noch re integra, d. h. solange die äußere Sachlage noch nicht als zum Nachtheil der Gegenpartei verändert angesehen werden kann, berichtigt wird; endlich wenn der in Frage stehende Anspruch auf einen rein lucrativen Rechtsgrund sich stützt. Hartmann allerdings findet (S. 43), daß bei den römischen Juristen für unser Problem nicht eine Regel und eine Ausnahme aufgestellt sei, sondern zwei verschiedene Regeln mit ihren Anwendungen, und er will ohne Zweifel seine Aufstellung als eine mit der Lehre der römischen Juristen übereinstimmende betrachtet wissen. Allein wenn wir auch annehmen, daß Hartmann die erwähnten drei Fälle nicht in exclusivem Sinne aufgestellt habe, so bleibt doch immer der Eindruck: das Gelten der Erklärung, auch der vom Willen verlassenen Erklärung, ist die Regel, für deren Platzgreifen specielle Gründe nicht angegeben zu werden brauchen, die Erhebung der voluntatis quaestio dagegen ist Ausnahme[2]). Dieser Eindruck wird aber vollauf bestätigt durch Hartmanns eigene Formulirung S. 60: daß „die äußere Manifestation nur dann wegen Divergenz der innern Absicht umgeworfen werden kann, wenn die gute Treue unter den näher bestimmten Voraussetzungen es gestattet." Unter diesen näher bestimmten Voraussetzungen

---

2) In den drei angegebenen Fällen findet Ausnahmen von der Regel auch Demelius in Grünhuts Zeitschrift Bd. 9 S. 323 Note 10.

können nur die angegebenen drei Ausnahmefälle gemeint sein.

Von Hartmann scheint auch Scialoja beeinflußt zu sein, wiewohl dessen gleichfalls vermittelnde Theorie als eine eigenartige anerkannt werden muß. In der akademischen Antrittsrede **responsibilità e voluntà** (Rom 1885), in welcher freilich nur die Grundzüge dargelegt werden konnten, will Scialoja für das römische Recht unterschieden wissen zwischen Geschäften, bei welchen der Wille in der Art entscheidend ist, daß, wenn derselbe der Erklärung fehlt, auch keine Rechtswirkung eintritt, und andern Geschäften, bei denen nicht der Wille, sondern die Verantwortlichkeit (**responsibilità**) des Erklärenden das entscheidende Moment ist (S. 19). Zu den Geschäften der ersten Klasse rechnet er insbesondere letztwillige Verfügungen, Erwerbserklärungen, Schenkungen, Traditionen (S. 20); zu denen der zweiten Klasse obligatorische Verpflichtungserklärungen (21). Danach haftet derjenige, welcher eine solche Verpflichtungserklärung abgiebt, nach Maßgabe der Erklärung auf Erfüllung dann, wenn er für die Erklärung verantwortlich ist; verantwortlich ist er aber nicht schon dann, wenn er Urheber der Erklärung ist, sondern dann, **quando si sia avuta coscienza della fatta dichiarazione, e non si possa addurre una scusa plausibile per la mancanza della volontà relativa al contenuto di essa.** Auch hier also dieselbe Präponderanz der Erklärung; nur erhellt nicht, ob nicht durch das Erforderniß einer mit Bewußtsein abgegebenen Erklärung solche Aeußerungen ausgeschlossen werden sollen, welche in einem Zustand vorübergehender „Geistesabwesenheit" oder Zerstreutheit abgegeben sind.

II.

Auch Hartmann sucht seine Ansicht als mit den Quellen des römischen Rechts im Einklang stehend nachzuweisen, wenn

er auch auf diesen Quellenbeweis nicht dasselbe Gewicht legt, wie Leonhard in seiner Note 1 erwähnten Schrift. Und zwar unternimmt Hartmann diesen Nachweis auf dreifachem Wege: einmal durch Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung des römischen Rechts im Großen und Ganzen (No. IV seiner Abhandlung), dann durch die Darlegung, daß einzelne in dieser Lehre von der herrschenden Theorie benützte Aussprüche klassischer Juristen sich als unrichtige Generalisirungen erweisen (V), endlich durch Angabe von Fällen, in welchen „der äußeren Erklärung ein durch das Maß der bona fides bemessener Grad von Selbständigkeit gegenüber dem Innerlichen zuerkannt wird" (VII).

Was den ersten Theil der Beweisführung betrifft, so argumentirt Hartmann (S. 27 ff.) in folgender Weise. In Rom wie anderswo war der älteste Rechtsverkehr beherrscht durch den Cultus des Wortes, der solennen Formel. Daneben entwickelte sich ein freierer Verkehr, zunächst nur durch ethische Factoren geschützt, dann aber im System des ius gentium rechtlichen Schutzes theilhaftig werdend; in diesem Verkehr ist das Entscheidende nicht das Wort, sondern die voluntas, bei Verträgen der consensus contrahentium, id quod actum est. Dürfen wir — frägt Hartmann S. 31 — annehmen, daß dem früher allgewaltigen Wort plötzlich alle Selbständigkeit, alle Verbindlichkeit entzogen wäre gegenüber der abweichenden innerlichen Absicht, den verborgenen Willensvorgängen und Abirrungen im Innern des Handelnden? Das wäre ja doch nur möglich gewesen auf Kosten der praktischen Bedürfnisse des Verkehrs und zuwider eben derselben bona fides und aequitas, die ja gerade durch das neue Princip nur voller und freier zur Entfaltung gebracht werden sollte. Es könne nicht das ältere Recht radical in sein Gegentheil verkehrt, nicht ein strictum ius durch das andere abgelöst sein (S. 41), und

eine solche Umkehrung des älteren Princips in sein diametrales Gegentheil sei auch nicht erweislich (S. 61).

Diese Argumentation scheint uns in mehrfacher Hinsicht nicht ganz zutreffend zu sein.

Wenn das Princip aufgestellt wird, es solle nicht mehr das Wort abgesehen vom Willen gelten, sondern nur das von dem Willen getragene Wort, das vom Willen verlassene dagegen nicht: so ist damit zwar ein extremer Standpunkt aufgegeben, aber keineswegs ein Sprung in das diametral entgegengesetzte Extrem gethan, wie schon oben bemerkt wurde.

Sodann ist wohl zu beachten, daß es sich nicht handelt um eine Entwickelung innerhalb eines und desselben Rechtssystems, sondern um Principien, die zunächst innerhalb verschiedener Rechtssysteme gelten, und von denen das eine allmählich in das Gebiet des andern eindringt. Bei solcher Sachlage hat die Gegensätzlichkeit der Principien durchaus nichts Befremdliches.

Endlich aber — und das ist für sich allein schon entscheidend — handelt es sich ja nicht blos um den Gegensatz von Erklärung und Wille (wie im heutigen Recht) innerhalb des Gebietes der formlosen Rechtsgeschäfte, sondern *zugleich um den Gegensatz von förmlichen und formlosen Geschäften.* Nicht *das Wort* sondern *das recht- und gesetzmäßig formulirte Wort* hat im alten ius civile die rechtserzeugende Kraft. Wird die Form aufgegeben und nun für das Wort nach einem anderweitigen Halt gesucht, nämlich im Willen, so ist das nicht nur kein Umschlagen in ein entgegengesetztes Extrem, sondern es ist vielmehr das Eine wie das Andere getragen von der Vorstellung, daß dem Worte *für sich* — das einemal ohne Form, das andremal ohne einen inhaltlich entsprechenden Willen — nicht die Kraft zukomme, Rechtswirkungen zu erzeugen. Man wird vielmehr

sagen dürfen: die Form aufgeben und gleichwohl auch dann noch dem Worte eine selbständige rechtserzeugende Kraft beilegen, das würde geheißen haben nicht nur das Anwendungsgebiet des ius strictum erweitern, sondern auch dieses ius strictum sehr viel gefährlicher machen; denn die Form, die ihre eigene genaue Beobachtung erheischt, zwingt indirekt zu größerer Achtsamkeit und Aufmerksamkeit und ist insofern zugleich ein Schutzmittel.

Dafür, daß im freien Rechtsverkehr, in den Geschäften des ius gentium, das Consens-Princip in dem Sinne durchgeführt wurde, daß Mangel an Consens trotz übereinstimmender Erklärung das Zustandekommen des Geschäfts hindert, verlangt Hartmann (S. 33) einen ganz zwingenden Quellenbeweis, welcher noch nicht geführt sei und auch schwerlich je gelingen könne. Ein Beweis, wie er zwingender wohl kaum gedacht werden kann, liegt in der unbestreitbaren Thatsache, daß eben dieses Consens-Princip zur Zeit der klassischen Jurisprudenz sogar siegreich eingedrungen ist in das Gebiet der Herrschaft des formulirten Wortes, der Stipulation [3]). Mit unerbittlicher Deutlichkeit, als habe er späteren Interpretationskünsteleien vorbeugen wollen, sagt Venulejus in l. 137 § 1 v. o. (45,1):

> si hominem stipulatus sim et ego de alio senserim tu de alio, nihil acti erit: nam stipulatio ex utrius que consensu perficitur,

und ähnlich Paulus l. 83 § 1 eod.

si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit; vgl. noch § 23 Inst. de inutil.

---

3) Damit soll nicht zugestanden werden, daß für die b. f. negotia directer Quellenbeweis nicht erbracht werden könne, vgl. l. 9 pr. de c. e. (18,1) und die sogleich zu besprechende l. 57 o. et a. (44,7).

stipul. 3, 19. Darüber, daß es sich hier um innern Dissens handelt, kann nicht der geringste Zweifel sein; die Art und Weise, wie Leonhard a. a. O. S. 375 f. sich mit diesen Stellen abzufinden versucht, kann das nur bestätigen. Aber auch die an sich richtige Bemerkung Hartmanns (S. 34), daß die römischen Juristen bisweilen durch falsche Generalisirung fehlgreifen, wenn sie Einzelentscheidungen in abstracter Weise motiviren, kann diesen Stellen gegenüber, die ja keinerlei Generalisirung enthalten, nicht verfangen. Ob diese Betrachtung aber geeignet sei, andere für die herrschende Lehre angeführte Quellenstellen zu entkräften, möchten wir bezweifeln; wir kommen damit zum zweiten Theile der Hartmannschen Beweisführung aus den Quellen.

Gleich die erste Stelle, welche Hartmann S. 34 als Beispiel solcher bedenklicher Generalisirungen anführt, ist mit den soeben angeführten, auf die Stipulation speciell bezüglichen, vollständig im Einklang, nur schließt sie die b. f. negotia noch ausdrücklich mit ein: es ist die l. 57 o. et a. (44,7) von Pomponius. Dieser sagt:

> In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit.

Hartmann findet darin (wohl auf Grund der Worte si error aliquis intervenit) ausgesprochen, daß jede Irrung zwischen den Contrahenten Alles entkräfte. Indem er sodann diesem Ausspruch einen andern desselben Pomponius (l. 110 § 1 de verb. obl.) entgegenstellt, wo bei Meinungsverschiedenheit zwischen Stipulator und Promissor über den Umfang des Begriffs vestis muliebris die Stipulation nicht ungültig ist, sondern in dem Sinne des Stipulators aufrecht

erhalten wird [4]), so kommt er zu dem Resultat, daß die generelle Sentenz durch den Inhalt der Einzelentscheidung zu rectificiren sei; es sei also im Sinne des Pomponius nur so viel anzunehmen, daß es Fälle von Dissens giebt, wo das nihil valet quod acti sit seine Richtigkeit habe. Diese Auffassung des Verhältnisses beider Stellen zu einander ist aber schwerlich richtig. In der l. 57 geht Pomponius keineswegs so weit, wie Hartmann meint, und darum besteht zwischen beiden Stellen gar keine Discrepanz, die eine Correctur der einen durch die andere als angezeigt erscheinen ließe. Es bezeichnen nämlich die Worte „si error aliquis intervenit" nicht die Thatsache des Dissenses selbst — obwohl error auch diesen Sinn haben kann — und es ist auch nicht von Dissens beliebigen Inhalts die Rede; sondern error bezeichnet hier das Mißverständniß irgend welcher Art, welches den Dissens zur Folge gehabt und dessen rechtzeitige Entdeckung gehindert hat. Die Worte ut aliud sentiat sind also nicht die Erläuterung der Worte aliquis error intervenit, sondern sie geben die Folge an, und puta gehört zu qui emit u. s. w. Es steht also gar nichts im Wege, anzunehmen, daß Pomponius in l. 57 an Dissens über einen entscheidenden (wesentlichen) Punkt, z. B. über das Object des Kaufs, denkt, während in l. 110 es sich nur um Meinungsverschiedenheit über den Umfang des Objects handelt.

Ebenso findet Hartmann einen Widerspruch zwischen zwei allgemeinen Aussprüchen des Paulus, welcher daher

---

4) Aber nicht auf Grund einer allgemeinen dahin gehenden Regel, sondern weil, wie auch Hartmann S. 35 richtig bemerkt, das sentire des Promissor im gegebenen Falle in subjectiver Weise von der gemeinen Bedeutung abwich, das des stipulator aber nicht (ut quid in re sit aestimari debeat, non quid senserit promissor).

ebenfalls durch sich selbst zu berichtigen sei. Es sind dies die beiden folgenden Stellen:

> l. 3 de reb. dub. (34,5). In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat quod volumus: itaque qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur.
>
> l. 25 § 1 leg. III (32). Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.

Mit Recht bezieht Hartmann (S. 38) im Gegensatz zu Leonhard (a. a. O. S. 185)[5]) den Satz itaque qui aliud dicit u. s. w. auf den Fall eines unzweideutigen Wortlautes und schließt dann folgendermaßen: da man in diesem Falle das Wollen eines abweichenden Gedankeninhaltes nicht auf andere Weise kennen kann, als indem man auch dem klaren Wortlaute gegenüber eine quaestio voluntatis veranstaltet, so hat Paulus in der l. 3 cit. solches Stellen der voluntatis quaestio implicite als zulässig anerkannt. Dies wird unbestreitbar sein. Allein da aus l. 3 nur so viel sich ergiebt, daß die volunt. quaestio auch gegenüber klarem Wortlaute zulässig sein kann, nicht aber, daß sie da schlechthin zulässig sei, andrerseits aber l. 25 die quaestio volunt. bei klarem Wortlaut für schlechthin unzulässig erklärt: so scheint uns, daß hier nicht von zwei Stellen gesprochen werden könne, die in dieser Allgemeinheit gleich falsch sind, sondern daß vielmehr der Satz in l. 25 § 1 cit., wenn die hier verbotene voluntatis quaestio auch darauf gehen sollte, ob die Erklärung die wahre innere Absicht ausdrücke — was doch nicht so ausgemacht sein

---

5) Vgl. gegen dessen Interpretation und überhaupt zu der l. 3 cit. Lotmar in der Münchener Krit. V. J. Schr. Bd. 25 S. 412 f.

dürfte — zweifellos falsch ist, und zwar er allein, während in der l. 3 cit. darüber, wann gegenüber klarem Wortlaut die Stellung der Willensfrage zulässig sei, und wann nicht, gar nichts gesagt ist. Steht aber die Sache so, so wird der Ausspruch der l. 25 § 1 mit vollem Rechte bei Seite gelassen, wenn es sich um die Frage handelt, welches der Standpunkt der römischen Quellen bei Discrepanz von Wille und Erklärung sei. Uebrigens mag noch bemerkt sein, daß auch mit der l. 3 für sich allein nicht viel anzufangen ist, da sie darüber, was zu gelten habe, wenn Einer aliud dicit quam vult, wenigstens ausdrücklich nichts sagt, und weil auch hier die eigentliche Pointe und Tragweite des etwas geschraubten Ausspruches nur aus dem Zusammenhange, der uns verloren ist, ermittelt werden könnte.

Wenden wir uns nunmehr zu den Fällen, bei welchen nach Hartmann der äußern Erklärung ein durch das Maß der bona fides bemessener Grad von Selbständigkeit gegenüber dem Innerlichen zuerkannt wird. Indem Hartmann sagt (S. 50), es geschehe dies implicite Kraft der Principien, welche in den Quellen für und bei Auslegung der Rechtsgeschäfte anerkannt und gehandhabt werden, giebt er, wie es scheint, stillschweigend zu, daß nicht ein einziger Ausspruch der Quellen vorhanden sei, der dies direct bezeugt. Aber auch für indirecten Beweis wird nur eine einzige Stelle beigebracht, die l. 34 pr. de contr. empt. (18,1) von Paulus [6]).

> Si in emptione fundi dictum sit, accedere servum Stichum, neque intellegatur, quis ex pluribus accesserit, cum de alio emptor de alio venditor senserit, nihilo minus fundi venditionem valere

6) Wegen l. 12 de transact. (2,15), welche nur beiläufig erwähnt wird, ist Abschnitt IV zu vergleichen.

constat: sed Labeo ait, eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit. nec refert quanti sit accessio, sive plus in ea sit quam in ipsa re cui accedat an minus et rel.

Hartmann ist der Meinung, nach der herrschenden Ansicht würde hier Nichtigkeit des ganzen Handels angenommen werden müssen, weil die vom Käufer begehrte Accession vielleicht werthvoller war, als das formelle Hauptobject, weil das Grundstück für sich allein keinesfalls Verkaufsobject für den bedungenen vollen Preis sein sollte und jeder Maßstab für verhältnißmäßige Preisreduction fehle. Allein das Werthverhältniß wird auch die herrschende Ansicht, ganz in Uebereinstimmung mit Paulus, für irrelevant, und für entscheidend lediglich die übereinstimmende Erklärung erachten, daß der Sclave bloß accessio sein solle: wodurch eben gegeben ist, daß in Bezug auf die Hauptsache, das Kaufobject, Willenseinigung vorliegt (vgl. Bechmann, Kauf, II S. 366). Was aber in Bezug auf die accessio, hinsichtlich deren Willenseinigung nicht stattgefunden, zu gelten habe, darüber entscheiden dann Auslegungs- und sonstige Regeln, ganz wie wir es oben in l. 110 § 1 de verb. obl. bei Dissens über den Umfang des Objects gefunden haben. Dem entspricht vollständig, daß der Kauf auch giltig ist troß Nichtexistenz der Accession l. 26 d. a. e. v. (19,1).

Könnte noch ein Zweifel bestehen darüber, daß für Paulus lediglich der Umstand entscheidend ist, daß sich der Dissens nur auf eine accessio bezieht, so müßte er schwinden Angesichts der oben citirten Entscheidung desselben Paulus in l. 83 § 1 de. verb. obl. Denn es ist doch ganz undenkbar, daß Paulus bei einer Stipulation die Erklärung wegen Mangels des Innern eher und leichter zu Grunde gehen ließ, als bei einem Kauf.

Was übrigens die von Paulus referirte Entscheidung des Labeo (eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit) betrifft, so hat sie von Altersher Schwierigkeit gemacht, weil sie im Widerspruch zu stehen scheint mit einer Reihe von Stellen, welche sagen, daß bei einer oratio ambigua, wobei Käufer und Verkäufer Verschiedenes sich denken, gegen den Verkäufer auszulegen sei, quia potuit apertius dicere (l. 21 l. 33 de c. empt. 18,1; l. 39 de pact. 2,14; l. 172 pr. R. I. 50,17). Die Entscheidung des Labeo sich mit Wächter und Windscheid so zurechtzulegen, daß man sich denkt, es sei eine generische Obligation auf Leistung „eines Sklaven Stichus" zu Stande gekommen, scheint uns mit Hartmann S. 54 und Pernice (in Goldschmidts Zeitschrift f. H. R. Bd. 25 S. 107 Note 5) nicht anzugehen. Aber auch mit den Erklärungen, welche Hartmann und Pernice (aa. aa. OO.) gegeben haben, können wir uns nicht befreunden. Der Unterschied in der rechtlichen Behandlung dürfte sich ziemlich einfach auf folgende Weise erklären lassen. Bei jener Regel, daß im Zweifel gegen den Verkäufer auszulegen sei, wird eben der Verkäufer als redend gedacht, wie die Motivirung quia potuit apertius dicere ergiebt und die oben citirten Stellen auch sonst bestätigen: l. 21 cit. Labeo scripsit, obscuritatem pacti nocere potius debere venditori qui id dixerit; l. 33 cit. cum in lege venditionis ita sit scriptum; l. 39 cit. venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate, legem apertius conscribere. In der l. 34 de c. empt. aber hat Labeo, da es sich um ein Grundstück handelt, sicherlich an Mancipation gedacht, beim Mancipationsact aber spricht der Käufer. Darauf scheinen auch die Worte des Paulus si in emptione fundi dictum sit zu deuten, sofern das, was in emptione gesagt wurde, doch wohl vom Käufer gesagt worden ist.

Außer auf l. 34 pr. de c. empt. beruft sich Hartmann nun noch S. 57 ff auf die im Gebiete der actio institoria und exercitoria für die Haftung des Principals geltenden Grundsätze, insbesondere darauf, daß hier Dritten gegenüber der Inhalt der Vollmacht des Institor durchaus nur verstanden werde gemäß dem äußerlich Erkennbaren, und eine abweichende Privatabsicht des Principals, möge sie auch sonst bestimmt geäußert sein, nicht beachtet werde, wenn sie dem betreffenden einzelnen Contrahenten bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit unerkennbar blieb. Wir können aber die Bestimmungen des römischen Rechts über diesen Punkt nicht für geeignet halten, um daraus ein Argument herzuleiten für den Satz, daß dieses Recht in gewissen Fällen eine Erklärung ohne Willen für rechtswirksam erklärt habe, und zwar sind unsere Gründe von der Art, daß es uns als ganz unnöthig erscheint, hier mit Manchen (z. B. Fr. Mommsen, Haftung der Contrahenten rc. S. 118, Pernice a. a. O. S. 127) von einer Ausnahme zu sprechen, welche das römische Recht aus Gründen der utilitas zugelassen habe.

Es versteht sich wohl von selbst, daß wenn aus den Grundsätzen der a° institoria und exercitoria für weitere Gebiete des römischen Rechts etwas hergeleitet werden soll, man sich auch bezüglich jener Grundsätze auf den Standpunkt des römischen Rechts stellen muß. Nun ist aber der römische Institor keineswegs ein bevollmächtigter Stellvertreter im modernen Sinne, und es findet, soweit von actio institoria die Rede ist, weder das Verhältniß directer noch das indirecter Stellvertretung Statt (vgl. Hellmann Stellvertretung in Rechtsgeschäften S. 96). Sondern die praepositio als Institor wird von den römischen Juristen als ein stillschweigender (durch concludente Handlungen erklärter) und genereller iussus angesehen, als eine Ermächtigung an das Publikum,

mit dem Institor zu contrahiren. Eben darum ist auch nur davon die Rede, daß der Principal aus der praepositio haste, und nicht von einem daraus herzuleitenden Rechtserwerb desselben: denn die Einwirkungen auf das Vermögen des Jubenten, welche durch den iussus ermöglicht werden, sind nur dem Jubenten nachtheilige, unerwünschte Wirkungen.

Auch Hartmann verkennt nicht, daß die praepositio ein nur nach außen hin (also nicht gegenüber dem Institor) erklärter Wille ist. Verhält sich dies aber so, dann muß auch ihre Zurückziehung gegenüber denen erfolgen, gegenüber welchen die Erklärung geschehen ist, und dies geschieht dadurch, daß entweder der Institor aus dem Geschäft herausgenommen (removendus fuit l. 11 pr. ht.) oder die in der praepositio liegende Ermächtigung durch eine an Jedermann gerichtete und für Jedermann erkennbare Bekanntmachung (palam proscribere) zurückgenommen wird (l. 11 cit. § 2 u. ff.). Faßt man also die praepositio als Willenserklärung auf, so ist in den angegebenen Bestimmungen nur eine Anwendung des (auch für das Mandat geltenden) Satzes zu finden, daß der Widerruf einer an sich widerruflichen Erklärung demjenigen bekannt geworden sein muß (bezw. nur durch eignes Verschulden unbekannt blieb), der auf Grund der bestehenden Erklärung Rechte für sich herleiten kann.

Denkt man aber an den Fall, daß der praepositio von vornherein ihre Bedeutung genommen werden soll, so ist es wieder nur selbstverständlich, daß, wenn einer Handlung vom Rechte die Bedeutung einer Ermächtigung gegenüber bestimmten Personen verliehen wird, ihr diese Bedeutung durch eine Protestation, wenn überhaupt, nur dann entzogen werden kann, wenn diese an jene Personen, hier also an das Publikum, sich richtet.

Würde man aber auch die praepositio als Vollmachts-

ertheilung (oder als Mandat mit Vollmachtsertheilung) aufzufassen haben, so wäre immer noch zu fragen: haftet der praeponens, wenn Dritte mit dem Institor nach Widerruf der Vollmacht, der ihnen untadelhafter Weise unbekannt geblieben, contrahiren, auf Grund eines zu Stande gekommenen Stellvertretungsvertrags [7]), oder haftet er, obgleich ein Stellvertretungsvertrag nicht zu Stande gekommen ist? Das römische Recht läßt den Schuldner, welcher an den Mandatar nach erfolgtem Widerruf des Mandats, aber ohne Kenntniß dieses Widerrufs gezahlt hat, frei werden, nicht weil es in diesem Falle dem Widerrufe die Kraft versagt, das Mandat aufzuheben, sondern trotzdem das Mandat erloschen ist. Danach wird man sich dafür entscheiden müssen, auch die soeben gestellte Frage im Sinne der zweiten Alternative zu beantworten, und so eröffnet sich hier die Aussicht auf die Möglichkeit, daß das römische Recht auch im Falle verborgenen Dissenses unter Umständen den Erklärenden haften läßt, nicht weil ein Vertrag zu Stande gekommen ist, sondern ungeachtet des Nichtzustandekommens eines Vertrags.

III.

Die vorstehenden Ausführungen dürften wohl ausreichen, um das Urtheil zu begründen, daß es auch Hartmann nicht gelungen ist, die sogenannte Erklärungstheorie als mit den Quellen des römischen Rechts im Einklang befindlich zu erweisen. Es hat aber Hartmann seine Lehre keineswegs allein oder auch nur in erster Linie auf positive römische Rechtssätze, sondern vor Allem und in der nachdrücklichsten Weise auf das praktische Bedürfniß des Lebens und auf die Postulate der

---

7) Stellvertretungsvertrag = durch Jemand, der Stellvertreter ist, in dieser Eigenschaft abgeschlossener Vertrag.

guten Treue gegründet. Wir können uns daher einer Prüfung dieses Theiles seiner Ausführungen nicht entschlagen, und zwar um so weniger, als wir mit Hartmann darin völlig einverstanden sind, daß, wenn das römische Recht den Bedürfnissen des Verkehrs, den Anforderungen der bona fides nicht hinlänglich gerecht geworden wäre, nichts uns hindern dürfte, das römische Recht in der bezeichneten Richtung weiter fortzubilden, „auf der Grundlage der anerkannten Principien des neueren ius aequum die Lineamente des Baues klar zu stellen und richtigere Arbeit zu machen." (S. 48). Diese Prüfung wird uns dann auch den Weg weisen, den wir einzuschlagen haben.

Voll und ganz wird man Hartmann in Bezug auf die These zustimmen können, daß die voluntatis quaestio überhaupt nicht gestellt werden darf, wo dies, das Stellen der Willensfrage, schon so wie es geschieht, schon Kraft dessen, was der die Frage Stellende dabei von sich behauptet, mit der bona fides in Widerspruch treten würde. In solchen Fällen wird derjenige, der die voluntatis quaestio stellt, einfach nicht gehört, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sein Vorgeben den Umständen nach als glaubhaft oder unglaublich erscheint, ob also ein Gelingen eines etwa unternommenen Beweises erwartet werden kann oder nicht.

So ist es mit der den Verkehr beherrschenden bona fides nicht vereinbar, wenn Jemand bei einer öffentlichen Versteigerung, ohne sich um das Was und Wie zu erkundigen, mitgeboten hat, und dann, bei seinem Meistgebot behaftet, sich damit ausreden wollte, er habe geglaubt, es werde ein Grundstück X ausgeboten, während in Wahrheit ein Grundstück Y ausgeboten wurde. Wer bei einer Verkaufs-Steigerung mitbietet, ohne sich zu erkundigen, was und unter welchen Bedingungen versteigert wird, der hat damit, sofern man seine

Zurechnungsfähigkeit nicht in Frage stellt, so bestimmt als möglich den Willen kund gegeben, zu kaufen was und wie ausgeboten wird. Er könnte diese Deutung seiner Handlungsweise nur in der Weise ablehnen, daß er sagte, er habe, um einen bestimmten Zweck zu erreichen, täuschen wollen, oder er habe sich überhaupt nicht darum gekümmert, in welcher Weise sein Verhalten von Andern aufgefaßt werden und welche thatsächlichen Folgen sich daraus ergeben würden. Er müßte sich also auf ein Verhalten berufen, welches der den Verkehr beherrschenden guten Treue zuwider ist, und wird darum nicht gehört. Die Sache würde aber doch sofort eine andere Gestalt annehmen, wenn der Mitbietende sich erkundigt, aber die erhaltene Auskunft falsch verstanden, oder wenn ihm aus Versehen oder gar aus Bosheit eine unrichtige Auskunft ertheilt worden wäre: mit der bona fides wäre es in diesem Falle doch wohl nicht unvereinbar, die Willensfrage zu stellen, wennschon es vielleicht aus anderweitigen Gründen keinen Erfolg haben kann. Anders auch würde sich die Sache gestalten, wenn der Bieter sich darauf beriefe, er sei zu der betreffenden Zeit wahnsinnig gewesen; man müßte ihn damit hören, obwohl im gegebenen Fall diese Behauptung viel weniger glaublich sein kann, als eine andere, mit der er nicht gehört werden würde, wie z. B. die, er habe sich einen Spaß machen wollen.

Ganz ähnlich verhält es sich, wenn Jemand unter Umständen, die über die Absicht sich zu verpflichten keinen Zweifel entstehen lassen, eine einen Verpflichtungswillen aussprechende Urkunde unterschreibt, ohne sich um deren Inhalt zu kümmern. Eine solche Handlungsweise läßt nur die Deutung zu, daß der Unterschreibende sich dem Inhalte der Urkunde gemäß verpflichten wollte, es wäre denn, daß der Unterschreibende in einem Zustande völliger Unzurechnungsfähigkeit war, oder daß er (aus

Motiven, die mehr oder weniger verwerflich sein können) täuschen wollte. Mit dem ersten Einwand wird man ihn hören müssen, mit dem zweiten hört man ihn nicht. Wiederum aber ist zu sagen, daß die Sache doch anders steht, wenn der Unterschreibende falsche Auskunft über den Inhalt der Urkunde erhalten hat. Wird solcher Umstand gegenüber einem Dritten, welcher aus der Urkunde Rechte herleitet, geltend gemacht, so wird man immerhin darüber streiten können, ob der Unterschreibende gegenüber dem Dritten zu schützen sei oder nicht; daß es aber der guten Treue zuwider sei, diesem Dritten gegenüber sich darauf zu berufen, man sei betrogen worden, das kann doch wohl mit Recht nicht gesagt werden. So steht es z. B. in dem bei Seuffert XXIX, Nr. 215 mitgetheilten und seither öfter besprochenen Falle aus der Praxis des ehemaligen O.A.G. zu Berlin: Jemand hat einen Bürgschaftsschein, lautend über 600 Thlr., unterschrieben in der irrigen, von dem Schuldner lügnerischer Weise hervorgerufenen Meinung, der Schein laute über 600 Mark; ein Anlaß, den Schein nicht selbst zu lesen lag für den Unterschreibenden darin, daß er seine Brille nicht bei sich hatte.

In den beispielsweise angeführten Fällen ist eine Mentalreservation dann enthalten, wenn der die äußere Erklärung Abgebende sich sowohl des Fehlens eines entsprechenden Willens auf seiner Seite, als auch dessen bewußt war, daß der Empfänger der Erklärung das Vorhandensein dieses Willens annehmen müsse; daß der Erklärende sich noch besonders um die Erregung dieses Irrthums bemüht habe, wird zum Begriff der Mentalreservation nicht erfordert. Wir sind nun allerdings der Meinung, daß die rechtliche Behandlung der Mentalreservation sich darin erschöpft, daß Niemand (Ausnahmen vorbehalten) mit der Berufung auf eine Mentalreservation gehört wird, und zwar deshalb nicht, weil sich diese Berufung schon

ihrem Inhalte nach als eine Verletzung der bona fides darstellt[8]).

In all den Fällen nun, wo die Stellung der Willensfrage nicht zugelassen wird, ist der Effect derselbe, wie wenn ein Dissens nicht Statt gefunden hätte. Ob aber um deswillen nun das Zustandekommen eines Vertrags anzunehmen sei, ist eine weitere Frage, der alsbald näher zu treten sein wird; hier sei nur Uebereinstimmung mit Hartmann darin constatirt, daß es unzulässig sei, die voluntatis quaestio zu stellen, wenn dies der guten Treue zuwiderläuft.

Allein Hartmann bleibt hierbei nicht stehen; er stellt S. 40 einen sehr viel weiter gehenden Satz auf. Da heißt es nicht, die voluntatis quaestio sei unzulässig, wo sie der bona fides widerstreite, sondern, „damit die Erhebung der voluntatis quaestio in rechtshindernder Weise zulässig sei, wird sie vielmehr aus der besondern Lage der Umstände erst gerechtfertigt, mit der guten Treue in Einklang gestellt werden müssen". Danach ist also das Stellen der voluntatis quaestio nicht etwas an sich Indifferentes, welches aber unter Umständen, wenn es der bona fides widerstreitet, unzulässig werden kann, sondern es ist dasselbe an und für sich unzulässig und kann nur gestattet werden, wenn dies nach den besonderen Umständen durch die gute Treue positiv als gerechtfertigt erscheint. Damit ist denn die Erklärung als etwas an und für sich Rechtswirksames hingestellt, und damit stimmt die Ausdrucksweise Hartmann's überein, wenn er S. 60 von einem Umwerfen der äußern Manifestation und von

---

8) Wenn Jemand gegen besseres Wissen behauptet, er sei beim Unterschreiben wahnsinnig gewesen, so ist dies gewiß auch contra bonos mores, aber nicht schon seinem Inhalte nach. Die Berufung auf Mentalreservation dagegen verstößt contra bonos mores, auch wenn die Behauptung, man habe mit Mentalreservation eine Erklärung abgegeben, wahr ist.

einer Behauptung ihrer Selbständigkeit und rechtsverbindlichen Kraft spricht. Hiedurch bestätigt sich aufs Neue, daß bei Hartmann die Erklärung in ganz entschiedener Weise präponderirt. Freilich finden sich auch wieder Aeußerungen, welche der vom Willen verlassenen Erklärung nur ausnahmsweise Rechtswirkung zugestehn, so diejenige auf S. 65, daß der Erklärende aus solcher Erklärung „zu haften haben kann, sobald die bona fides — die Berücksichtigung der abweichenden innern Absicht verbietet."

Zeigt sich hierin ein gewisses Schwanken, so ist von solchem Schwanken in Bezug auf einen andern Punkt nichts zu bemerken, den wir jetzt näher ins Auge zu fassen haben. Ob nun die vom Willen verlassene Erklärung regelmäßig und so lange, bis sie mit Rücksicht auf die bona fides beseitigt werden muß, oder ob sie nur ausnahmsweise da, wo ihre Nicht-Aufrechthaltung mit der bona fides unverträglich ist, Rechtswirkung entfaltet: jedenfalls ist nach Hartmann die Erklärung dann ein Geschäft und zwar Kraft der bona fides. So spricht er es gegenüber Czyhlarz „der Einfluß des Zwanges" 2c. Bd. 13 dieser Jahrbb. S. 7 f. S. 12) aus, daß die bona fides nicht nur für die Frage, ob und welche Rechtsfolgen aus einem bon. fid. negotium entstehen, maßgebend sei, sondern auch für die Frage nach der juristischen Existenz des Geschäfts (S. 32). Wir werden damit darauf hingewiesen, zu untersuchen, ob es möglich sei, Kraft der bona fides zu statuiren, daß ein Vertrag zu Stande gekommen sei, obwohl es an innerer Willensübereinstimmung der Contrahenten fehlt; daran wird sich (IV) noch eine besondere Prüfung der hierauf bezüglichen Ausführungen Hartmanns anschließen.

Hartmann stellt (S. 10) den Vertrag (in weiterem Umfange die Handlung) im juristischen Sinne und den Vertrag (die Handlung) nach genauerer psychologischer Auffassung und Formulirung in Gegensatz zu einander. Wenn er, ohne

Zweifel im Hinblick auf das bekannte Buch Zitelmanns über den Irrthum, diese psychologischen Begriffe von Handlung und Vertrag als unbrauchbar für die praktische rechtliche Beurtheilung erklärt, so kann man dem in mancher Hinsicht zustimmen. Aber als Gegensatz zu einem wissenschaftlich-psychologischen Begriff des Vertrags — von der Handlung wollen wir hier absehen — möchten wir zunächst dasjenige hingestellt haben, was im gewöhnlichen praktischen Leben, auch unter Nichtjuristen, unter Vertrag verstanden wird. Dieses Ding ist ein Product des menschlichen Verkehrs und nicht erst vom Recht erzeugt. Es wird vom Rechte schon vorgefunden und längere oder kürzere Zeit sich selbst überlassen; Schutz von Vertragsverhältnissen ist nicht dasjenige, womit das Recht anfängt. Sodann wird dieses Verkehrsinstitut vom Recht in Schutz genommen. Das Recht hat natürlich völlige Freiheit, zu bestimmen, unter welchen Bedingungen es aus Verträgen Rechtsfolgen entstehen lassen will; Verträge, welche diesen Bedingungen nicht genügen, sind rechtlich unwirksam, aber Verträge im alten Natursinne sind sie doch.

Ist nun der Vertrag nicht etwas vom Rechte Erzeugtes, sondern aus dem Leben ins Recht herübergenommen, so ist er auch in seinem Wesen vom Recht unabhängig. Das Recht kann bestimmen: damit ein Vertrag Rechtswirkungen, bezw. diese bestimmten Rechtswirkungen habe, verlange ich das und das; aber es kann nicht bestimmen: das und das soll ein Vertrag sein. Zweifellos kann ferner durch Rechtssatz bestimmt werden, ein Thatbestand X solle dieselben Rechtsfolgen haben wie ein Vertrag; aber es wäre keine richtige Methode, um deswillen nun den Thatbestand X auch für einen Vertrag zu erklären und den Vertragsbegriff nun demgemäß zu formuliren. Derjenige Vertragsbegriff, den das Leben kennt und den auch das Recht recipirt hat, würde dadurch gesprengt ohne

Noth und Nutzen. Wir können uns in dieser Beziehung auf Gajus berufen. Die zwölf Tafeln hatten das **furtum cum lance et licio conceptum** als **furtum manifestum** erklärt, und manche römische Juristen hatten danach das **furtum manifestum** eingetheilt in ein **f. lege manifestum** und **natura manifestum** — gerade wie spätere Juristen von **res naturaliter** und **civiliter immobiles** gesprochen haben. Gajus sagt aber (III, 194) ganz richtig: **sed verius est, natura tantum manifestum furtum intellegi; neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit, non magis quam qui omnino fur non sit, fur sit, et qui adulter aut homicida non sit, adulter vel homicida sit; at illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur atque si furtum vel adulterium vel homicidium admisisset, quamvis nihil eorum admiserit.**

Daß die römischen Juristen einen von dem Vertrag im natürlichen Sinne verschiedenen Vertrag im juristischen Sinne gekannt hätten, davon findet sich keine Spur. Zu dem natürlichen Wesen des Vertrags aber gehört ihnen, das unterliegt keinem Zweifel, Willensübereinstimmung; Hartmann selbst verweist in dieser Beziehung auf das reiche Quellenmaterial welches von Voigt **ius natur.** III S. 98 beigebracht worden ist. Die Bemühungen Leonhards, die betreffenden Stellen durch die Behauptung zu beseitigen, daß **consensus** allemal zwei übereinstimmende Willenserklärungen, **dissensus** allemal eine geäußerte oder erkennbar hervorgetretene Nichtübereinstimmung, **sentire** nicht etwas bloß Innerliches, sondern eine Meinungsäußerung bedeute (a. a. O. Bd. I S. 11 ff.) müssen als gescheitert angesehen werden. Es ist sonach das Erforderniß der Willensübereinstimmung weder ein Satz des **ius civile**, noch ein Gebot der **bona fides**, sondern dasselbe beruht in dem von dem Recht unabhängigen Wesen des Ver-

trags. Dagegen in Bezug auf die Frage, ob sich die Willensübereinstimmung in dem Sinne auf jedes Detail erstrecken müsse, daß verborgen gebliebener Dissens [9]) auch bezüglich ganz untergeordneter Punkte das Zustandekommen eines Vertrages vereitele, ist ein Ab- und Zugeben, folglich ein auf praktischen Erwägungen beruhendes Eingreifen des positiven Rechts möglich, und gerade in dieser Hinsicht wird dem Ausspruch Hartmann's beizupflichten sein, daß die Resultate psychologischer Analyse für die praktische Behandlung nicht maßgebend sein können. Für unsere Zwecke genügt es, zu constatiren, daß die Römer in Bezug auf gewisse Punkte, vor Allem in Bezug auf die sog. essentialia negotii, Willenseinigung verlangen, in Bezug auf andere Punkte dagegen nicht, wennschon sie es nicht formuliren; wie es näher zu formuliren sei, kann hier dahingestellt bleiben [10]).

Ist aber nicht wenigstens für das Gebiet der römischen Formalcontracte anzuerkennen, daß der Erklärung, freilich der in bestimmte Form gekleideten Erklärung, dieser aber auch dann, wenn Consens fehlte, Rechtswirkung beigelegt wurde, und daß hier die übereinstimmende Erklärung als Vertrag angesehen wurde? Darauf möchten wir folgendes erwidern. Die Obligationen aus Stipulationen und Expensitationen werden allerdings bezeichnet als solche, welche ex contractu nascuntur. Diese generelle Qualificirung ist gerechtfertigt, weil in der ungeheuren Mehrzahl der Fälle in der

---

9) Ist unter Contrahenten Dissens auch nur über einen objectiv ganz untergeordneten Punkt geäußert, so muß dieser Punkt natürlich, soll ein Vertrag zu Stande kommen, irgendwie erledigt werden.

10) Jedenfalls darf bei den objectiv wesentlichen Punkten, den sog. essentialia negotii, nicht stehen geblieben werden. Beachtenswerthes über diesen Punkt bei Ryck in den Festgaben der Berliner Facultät für Beseler, S. 142; zu vergleichen ferner Regelsberger in Endemanns Handbuch d. d. H. R. II S. 405.

That Consens über das Wesentliche des Geschäfts vorhanden gewesen sein wird. Wo es aber im concreten Falle an Consens fehlte, da kam eben auch kein Vertrag zu Stande, und dies zu sagen sind wir auch dadurch nicht behindert, daß in solchem Falle gleichwohl die stricti iuris obligatio, wie für das ältere Recht gar nicht geleugnet werden soll, als Rechtsfolge eintrat. Die zutreffende Charakterisirung solcher Fälle ist nicht die, daß hier durch die Erklärung ohne Willensübereinstimmung ein Vertrag und durch diesen eine obligatio erzeugt sei, sondern vielmehr die, welche wir auch bei Gajus (III, 92) sehen: verbis obligatio fit; die verba, interrogatio und responsio, sind das obligationserzeugende Moment, gleichviel ob durch sie ein Vertrag zu Stande kommt oder nicht. In diesem verbis obligatio fit kommt die ältere römische Auffassung zum Ausdruck; daß später (vielleicht schon zu Gajus Zeiten) der natürliche Vertragsbegriff auch an die Stipulation angelegt und damit auch für sie das Consensprincip maßgebend geworden ist, haben wir schon oben gesehen.

Wir wenden uns noch einmal zu den im Anfang dieses Abschnittes betrachteten Fällen, in welchen die Stellung der voluntatis quaestio nicht zugelassen wird, insonderheit zu dem Falle der Mentalreservation. Nach dem soeben Ausgeführten sind wir durch nichts genöthigt, ja wir sind nicht einmal berechtigt, in diesen Fällen, sofern Consens nicht vorhanden ist[10]), das Zustandekommen eines Vertrags zu statuiren. Wir wären, sofern wir uns dem Gesetzgeber gegenüber dieselbe Freiheit des Urtheils bewahrten, von welcher Gajus in der oben abgedruckten Stelle mit vollem Rechte Gebrauch macht, hierzu selbst dann nicht genöthigt, wenn ein Gesetz solchen

11) Es kann thatsächlich auch Consens vorliegen, wenn nämlich das Vorbringen, man habe etwas Anderes gemeint, eine Unwahrheit ist.

Thatbestand ausdrücklich als Vertrag bezeichnen würde, und sind es noch viel weniger, wenn das Recht sich darauf beschränkt, an solche Thatbestände dieselben Rechtsfolgen zu knüpfen, welche ein obligatorischer Vertrag hat. Allein selbst dies liegt genau genommen nicht vor. Es beruht nicht auf direkter Rechtsbestimmung, daß in diesen Fällen übereinstimmende Vertragserklärungen ohne inneren Consens die Wirkung obligatorischer Verträge haben [12]), sondern es ist das nur die indirekte Wirkung davon, daß in diesen Fällen der auf Consensmangel sich Berufende mit seinem Vorbringen nicht gehört wird. Gleichwohl möchten wir nicht mit Pernice (a. a. O. S. 94) annehmen, daß — wogegen sich auch Hartmann S. 39 erklärt — die Bedeutung der Mentalreservation lediglich in der processualen Gestaltung der Sache zu finden sei [13]). Wir gehen mit Pernice darin einig, daß zu dem Thatbestand der äußern Erklärungen in diesen Fällen ein weiteres und zwar entscheidendes Moment hinzukommt, u. können Hartmann keineswegs zugeben, es müsse im materiellen Rechte der Satz enthalten sein, daß schon die bloße äußere Erklärung eine rechtserzeugende Thatsache von unanfechtbarer Wirkung sein

12) So scheint die Sache auch Windscheid aufzufassen, wenn er (Wille u. Willenserkl. S. 30, im Arch. Bd. 63 S. 99) sagt, es sei anzuerkennen, daß daß Recht, indem es der Mentalreservation die Wirksamkeit abspricht, einer Willenserklärung ohne Willen Wirkung beilege. Von Unwirksamkeit der Mentalreservation zu sprechen (Windscheid cit. S. 27 [96]), ist zwar üblich, aber doch wohl nicht zutreffend. Es kann dabei nur die Vorstellung zu Grunde liegen, daß die Erklärung für sich etwas Wirksames sei, wogegen nun die Mentalreservation nicht aufzukommen im Stande sei. Man hätte mehr Grund, von Wirksamkeit der Mentalreservation, zu sprechen, sofern sie bewirkt, daß die vom Willen verlassene Erklärung nun doch Rechtswirkungen hat.

13) Auch C. Chr. Burckhardt in der (von der Göttinger Juristenfacultät mit dem Preise gekrönten) Schrift „Sinn u. Umfang der Gleichstellung von dolus u. lata culpa“(1885) S. 80 ist dieser Ansicht.

könne (S. 39). Dieses weitere Moment ist aber nicht ein bloß prozeßrechtliches, sondern in letzter Instanz der materiellrechtliche Satz, daß Niemand aus verwerflichem, vom Rechte mißbilligtem Verhalten für sich Vortheil ziehen soll, welcher Satz dann in unsern Fällen, wenn es zum Prozesse kommt, die Gestalt gewinnt, daß der die Willensfrage Stellende nicht zum Beweise seiner Behauptungen zugelassen wird, da dies nur dann Sinn hätte, wenn man ihn aus seinem verwerflichen Verhalten Vortheil ziehen lassen wollte.

Es ist aber nicht nur theoretisch unrichtig, in unsern Fällen einen Vertrag anzunehmen, sondern es kann unter Umständen zu praktischen Consequenzen führen, welche der wirklichen Sachlage nicht entsprechen. Daß im Falle der Mentalreservation die ohne entsprechenden Vertragswillen abgegebene Vertragserklärung wie ein obligatorischer Vertrag wirkt, beruht nicht darauf, daß beiderlei Thatbestände objektiv gleichgestellt sind, sondern auf einer Bestimmung zu Gunsten des Empfängers der Erklärung. Nun kann es unter Umständen dem Betrogenen vortheilhafter sein, den Ersatz des sog. negativen Vertragsinteresses zu fordern, als Erfüllung oder Erfüllungsinteresse. Es ist nicht ersichtlich, weshalb man ihm dies nicht gestatten sollte; sobald man aber annimmt, es sei ein Vertrag zu Stande gekommen, wird ihm das abgeschnitten. Oder man denke sich folgende Sachlage. Zur Zeit, wo der Getäuschte Erfüllung verlangte, ist das Geschäft für ihn vortheilhaft; es wird ihm entgegengehalten, man habe die Sache nicht ernst gemeint. Während der Getäuschte sich überlegt, ob er klagen solle, ändern sich die Verhältnisse, das Geschäft wird für ihn nachtheitig, und er wird nun aus demselben verklagt: sollte nunmehr *er* nicht geltend machen dürfen, daß wegen Mangel an Consens kein Vertrag zu Stande gekommen sei?

Auf Grund dieser Betrachtungen wird sich nun auch sehr

einfach eine richtige Würdigung der viel besprochenen Decretale c. 26 X de sponsal. (4, 1) ergeben. Bei der Eheschließung kann wirkliche Willensübereinstimmung schlechterdings nicht entbehrt werden; das Recht kann hier nicht, auch nicht einmal indirekt, an Erklärungen, von denen die eine mit Mentalreservation abgegeben ist, dieselbe Wirkung knüpfen, wie an tadellose Consenserklärung.[14]) Daher wird die voluntatis quaestio zugelassen und es kommt die Beweisfrage in Betracht, auf die denn auch in der Decretale abgestellt wird. Der Grund aber, weshalb unbedingt Consens verlangt werden muß, ist nicht etwa der, daß die Ehe für das kanonische Recht ein Sacrament ist[15]), sondern der, daß die Ehe nicht reines Rechtsverhältnis, sondern vor Allem ein sittliches Verhältniß ist. In ganz richtiger Würdigung dieser Thatsache und der daraus resultirenden Nothwendigkeit, wirklichen Consens zu verlangen, hat die C. P. O., welche generell in § 779 an die rechtskräftige Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung dieselben Wirkungen knüpft, welche die entsprechende wirklich abgegebene Willenserklärung hat, im Absatz 2 des gedachten Paragraphen bestimmt, daß diese Vorschrift im Falle der Verurtheilung zur Eingehung einer Ehe nicht zur Anwendung komme. Und auf demselben Gesichtspunkte wird es wohl auch beruhen, daß in Bezug auf die Ehe nach römischen Rechte kein ius postliminii Platz greift, vielmehr matrimonium consensu redintegratur, l. 14 § 1 de captiv. (49,15).

---

14) Es ist daher zu weit gegangen, wenn Windscheid a. a. O. S. 27 Note 27 (S. 96) sagt, diese Decretale habe gegen den Satz entschieden, daß man sich nicht mit der Berufung auf eine Mentalreservation vertheidigen könne.

15) So Scheiff, die Divergenz zwischen Wille und Erklärung (Bonner Inaug. Dissert. 1879) S. 29.

IV.

Sehen wir nun zu, in welcher Weise Hartmann zu einem Vertrage trotz mangelnder innerer Willensübereinstimmung gelangt.

Nachdem er es abgelehnt, mit irgend einem psychologischen Vertragsbegriff an den concreten Einzelfall heranzutreten und zu prüfen, ob die Elemente jenes Begriffes für diesen Einzelfall zutreffen, sagt er S. 10 Folgendes: „Vielmehr wird man zu prüfen haben, ob das vorliegende geschäftliche Auftreten des Einen gegenüber dem Andern, ob das äußere Kaufen oder Verkaufen einer Person, die im gegebenen Moment der allgemeinen Verpflichtungsfähigkeit nicht entbehrt, sie nach den praktischen Motiven des Rechtes und der guten Treue verpflichtet erscheinen lassen. Dann liegt auch im juristischen Sinn ein Vertrag, eine Handlung vor."

Ohne Zweifel ist Hartmann's Meinung die, daß auch in diesen Fällen der Vertrag der Rechtsgrund (Sachgrund) der Verpflichtung sei (natürlich Kraft Bestimmung der Rechtsordnung). Andernfalls wäre nicht einzusehen, weshalb ein Vertrag hier überhaupt introducirt wird. Daraus folgt dann weiter, daß nicht auch umgekehrt die Verpflichtung als das den Vertrag Erzeugende, als Rechtsgrund des Vertrags im juristischen Sinne gedacht sein kann, denn dann würde sich Hartmann ja augenscheinlich in einem Zirkel bewegen. Die allegirte Äußerung kann daher nur so verstanden werden, daß aus der (irgendwie sonst erkannten) Verpflichtung geschlossen wird auf die Existenz eines Vertrags.

Ist dieser Schluß sicher? Dies ist zu verneinen.

Er wäre es nur dann, wenn es richtig wäre, daß außerhalb des Delictsgebietes nur Vertrag im Stande sei, eine Obligation zu erzeugen. Nur wenn der Satz gilt: wo kein Vertrag, da auch keine Verpflichtung, nur dann kann, wo eine

Verpflichtung als vorhanden erkannt worden und ein Delict außer Frage ist, das Vorhandensein eines Vertrages als sicher feststehend angenommen werden. Bekanntlich gilt jener Satz aber nicht; es giebt eine Menge Thatbestände, welche weder Verträge noch Delicte sind und doch ganz zweifellos Obligationen erzeugen. Es ist demnach schlechterdings nicht einzusehen, weshalb, wenn man sich überzeugt hat, daß beim Vorhandensein eines bestimmten Thatbestandes, der kein Delict ist, dem aber auch ein wesentliches Vertragsmoment fehlt, Jemand nach den Grundsätzen der guten Treue als verpflichtet angesehen werden muß, man nun nicht eben diesen Thatbestand als den Rechtsgrund (Sachgrund) der Verpflichtung anerkennt, sondern noch einen Vertrag zu Hilfe nimmt. Der Vertrag ist hier wirklich das fünfte Rad am Wagen; man bedarf seiner nur, wenn man strenge daran festhält — was aber wohl kaum Jemand thut — daß omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto (Gai. 3,88).

Die herrschende Lehre — vielleicht muß man sagen: die früher herrschende Lehre — wird von Bähr in diesen Jahrbb. (Bd. 14 S. 393 f.) so formulirt: „daß, wo zwischen Vertragsschließenden eine Willensübereinstimmung nicht vorhanden gewesen, ein Vertrag nicht zu Stande gekommen, mithin auch Rechte und Pflichten zwischen ihnen nicht entstanden seien." Diese Lehre — ob sie richtig formulirt ist, mag dahin gestellt bleiben — verdient vollständig den Vorwurf praktischer Trostlosigkeit, den ihr Jhering gemacht hat. Sie ist aber auch theoretisch offenbar falsch; denn aus der Prämisse, daß kein Vertrag zu Stande gekommen, folgt mit Nichten, daß keine Rechte und Pflichten zwischen den Parteien entstanden sind, sondern nur, daß aus Vertrag keine Rechte und Pflichten zwischen ihnen entstanden sind und entstehen konnten. Ersteres würde wieder nur folgen, wenn es wahr wäre, daß,

wo kein Vertrag, da auch keine Rechtsfolgen, sofern Delict außer Frage steht. Dies ist aber dieselbe Supposition, auf welcher auch Hartmann, wie wir soeben gesehen, stillschweigend fußt, so sehr er sonst die herrschende Meinung bekämpft.

Ist es nun nicht überaus merkwürdig, daß man in dem Bemühen, der praktischen Unzuträglichkeit jener herrschenden Lehre abzuhelfen, durchgängig sich gegen ihren ersten, unsers Erachtens ebenso unanfechtbaren als an sich unverfänglichen Satz: „wo keine Willensübereinstimmung, da kein Vertrag" kehrte, dagegen die praktisch allein bedenkliche und theoretisch offenbar unhaltbare Folgerung: „mithin keine Berechtigung und Verpflichtung unter den Parteien" gänzlich — nämlich als Folgerung — unbeanstandet ließ? Denn daß Bähr und die ihm folgen gerade deswegen aus übereinstimmenden äußeren Erklärungen einen Vertrag entstehen lassen, um dadurch zu Rechten und Pflichten zu gelangen, tritt deutlich zu Tage. So spricht Bähr (a. a. O. S. 417) da, wo er ausdrücken will, daß sich an den Thatbestand keine Verpflichtungen anknüpfen (obwohl die Erklärungen übereinstimmend sind), von Nichtigkeit des Vertrags. Auch der Annahme eines (stillschweigenden) Garantievertrages liegt die Anschauung zu Grunde, daß ohne Vertrag zu Rechten und Pflichten der Parteien nicht zu gelangen sei.[16]) Auf der andern Seite neigt sich Ihering mit seiner culpa in contrahendo nach dem

16) Auch bei Pernice macht sich dieses Axiom „kein Vertrag, keine Verpflichtung" gelegentlich bemerklich. Derselbe berichtet (a. a. O. S. 93 Note 2) über ein bei Leyser angeführtes Helmstädter Erkenntniß, welches einen Kaufmann, welcher signa consensus edidit, für obligirt erklärt, etsi hunc animum (emendi vendendive) non habuerit, perinde ac si habuisset; darin findet Pernice den Ausspruch, daß der Kaufmann einen Kaufvertrag perfect abgeschlossen habe.

Delict als obligationsbegründenden Thatbestande hin, und auf dieselbe Seite ist auch der von Hartmann (S. 15) citirte Pothier zu stellen, welcher in den uns beschäftigenden Fällen mißlungenen Contrahirens eine action en dommages et intérêts née d'un quasi-délit statuirt[16a]).

Fragt man uns nun, ob wir einen Thatbestand von der in Rede stehenden Art, falls sich Rechte und Verbindlichkeiten aus demselben ergeben, für einen Quasicontract erklären, und wo wir denselben in den Quellen nachzuweisen vermögen, so haben wir darauf Folgendes zu antworten.

Die erste dieser Fragen würden wir allerdings bejahen, wenn wir überhaupt den Begriff des Quasicontracts als einen quellenmäßigen anerkennen könnten. Wir haben aber schon anderswo[17]) darauf hingewiesen, daß unsre Quellen keineswegs eine gewisse Gruppe von Thatbeständen als Quasicontracte bezeichnen, sondern daß sie eine Gruppe von Obligationen als solche quae quasi ex contractu (nicht ex quasi contractu) nascuntur prädiciren; sie wollen damit nur sagen, daß diese Obligationen in gewissen Punkten, insonderheit was den Uebergang der Verpflichtung auf die Erben betrifft, wie Contractsobligationen und nicht wie Delictsobligationen behandelt werden. Einen Begriff des Quasicontracts aus den römischen Quellen ermitteln zu wollen, ist daher ein völlig aussichtsloses Unternehmen; die Schrift von Ramm über den Quasicontract

16a Auch das preuß. Landrecht ist hierher zu stellen, sofern es (I. 4 § 79) den Erklärenden nur im Falle eines groben oder mäßigen Versehens der andern Partei gegenüber für schadensersatzpflichtig erklärt.

17) In der Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. Bd. 3 S. 44. Ganz neuestens stellt wieder Kuntze (Die Obligationen u. s. w. 1886 S. 8) neben quellenmäßige Ausdrücke wie quasi usufructus und quasi possessio die in keiner Quellenstelle auffindbaren Ausdrücke quasi delictum, quasi contractus.

(1882) kann dies Urtheil nur bestätigen. Die Thatbestände, um die es sich handelt, sind eben variae causarum figurae (l. 1 pr. de obl. et act. 44,7), von denen sich allgemein nur das prädiciren lassen wird, daß sie weder Contracte noch Delicte sind, wie das in l. 5 eod. wiederholt gesagt wird. Wir würden also nur etwa sagen können, daß, wenn an mißlungenes Contrahiren sich obligatorische Rechte und Verbindlichkeiten knüpfen, diese zu denjenigen gestellt werden müssen, welche quasi ex contractu nascuntur: womit aber über den inneren Grund und über den Umfang der betr. Verpflichtungen noch so viel wie nichts gesagt ist.

Zu dem zweiten Punkt sodann ist zu bemerken, daß keineswegs alle Obligationen, welche quasi ex contractu entstehen, als solche auch in den Quellen verzeichnet sind. Sie sind es namentlich dann nicht, wenn für die Ansprüche aus dem betreffenden Thatbestande keine besondere actio besteht, sondern dieselben mit einer Contractsklage verfolgt werden können, was, wie noch gezeigt werden soll, auch bezüglich unserer Fälle höchst wahrscheinlich der Fall war. Einige Beispiele werden genügen, um dies zu erhärten.

Die obligatorische Verpflichtung des Hypothekargläubigers, der sich mittelst ao. hypothecaria in den Besitz des Pfandes gesetzt hat, wird unter den obligationes quae quasi ex contractu nascuntur nicht aufgeführt, weil dem Verpfänder zur Verfolgung derselben die ao. pigneraticia zur Verfügung gestellt ist. Wenn ferner kein Zweifel ist, daß der Erbe des socius in das Societätsverhältniß nicht eintritt, gleichwohl aber für und gegen ihn obligatorische Ansprüche noch existent werden können (l. 63 § 8, l. 65 § 9 pro soc. 17, 2), und wenn dasselbe der Fall ist bezüglich der Erben eines Mandanten oder Mandatars, obwohl mandatum morte solvitur (l. 26 pr. l. 58 mand. 17, 1): so dürfte wiederum klar sein,

daß die Römer diese Fälle von obligatorischen Verpflichtungen nur deshalb der Kategorie der obl. quae quasi ex contr. nasc. nicht unterstellten, weil zur Verfolgung der betreffenden Ansprüche die Contractsklage für anwendbar erachtet wurde[18]).

Es gibt aber auch Fälle, wo zur Verfolgung eines nicht-contractlichen Anspruchs eine besondere actio gegeben wird und doch von obl. quae quasi ex contr. nascitur nicht gesprochen wird. Dahin gehört die actio exercitoria und institoria, wo ja keine Rede davon sein kann, daß der Principal auf dem Wege der Stellvertretung contractlich verpflichtet worden sei; ferner die actio institutoria bei der intercessio tacita, l. 8 § 14 ad Sct. Vell. 16, 1.[19])

Wenn wir also durchgängig, auch für die Fälle der Mentalreservation, daran festhalten, daß ohne innere Willensübereinstimmung wenigstens über die wesentlichen Punkte des Geschäfts (nicht nur des Geschäfts in abstracto, welches die sog. essentialia negotii sind, sondern auch des concreten Geschäfts) ein Vertrag nicht zu Stande komme, so anerkennen wir als auch im Gebiete des Verkehrs geltend das Princip, welches für das Gebiet der letztwilligen Verfügungen in l. 9 de her. inst. 28, 5 ausgesprochen und allgemein anerkannt ist: das Princip, daß eine vom Willen verlassene Erklärung

18) Es ist unseres Wissens noch nicht bemerkt worden, daß in solchen Fällen auch eine „Umstellung der Subjekte“ in der Formel vorkam, nur nicht zwischen Intentio und Condemnatio, sondern zwischen Demonstratio und Intentio. Denn ohne Zweifel war in der Demonstratio der Mandant, Socius zu nennen, als Pflichtiger in der Intentio aber dessen Erbe.

19) Wenn es hier heißt: verbi gratia si per stipulationem (scil. mulier obligata est), et tu quasi ex stipulatu convenieris, so hätte man auf Grund dieser Stelle ganz mit demselben Recht den Begriff der „Quasistipulation“ aufstellen können, wie auf Grund der Worte quasi ex contractu teneri videntur (l. 5 § 1 de. obl. et act. 44,7) den Begriff des Quasicontracts.

als solche keine rechtliche Geltung hat. Gleichwohl sind wir weit davon entfernt, einseitige Erklärungen und obligatorische Vertragserkärungen nach derselben Schablone zu behandeln. Nicht blos darin, daß nur bei einseitigen Willenserklärungen eine einseitige Declaration durch den Erklärenden zulässig ist, und daß bei ihrer Auslegung, ganz anders als bei der von Verträgen, auch ein ganz singulärer Sprachgebrauch des Erklärenden maßgebend sein kann — Punkte, auf welche auch Hartmann S. 50 hinweist — nehmen wir eine verschiedene Behandlung der beiden Kreise von Rechtsgeschäften an,[20]) sondern vor Allem auch darin: ist festgestellt, daß wegen Mangels an innerer Willensübereinstimmung der Vertrag nicht zu Stande gekommen ist, so ist damit die Sache noch nicht allemal erledigt, sondern es können sich gleichwohl Verbindlichkeiten ergeben, und diese können sogar den vertragsmäßigen gleich sein; wird aber die Ungiltigkeit einer letztwilligen Verfügung wegen Auseinanderseins von Wort und Wille festgestellt, so behält es dabei einfach sein Bewenden und von irgendwelcher Entschädigung dessen, der etwa scriptus heres ist, aber voluntate deficitur (l. 9 pr. cit.), ist keine Rede, obwohl es sehr möglich ist, daß er durch eine solche Einsetzung ganz ohne eigenes Verschulden in Schaden gekommen ist.[21])

---

20) Daß auch der Satz falsa demonstratio non nocet bei letztwilligen Verfügungen, wo er eigentlich zu Hause ist, einen andern Sinn hat, als bei Verträgen, haben wir zu zeigen versucht in diesen Jahrb. 23 S. 41 f. — Ob in den angegebenen Punkten und in dem im Text noch folgenden auch noch andere Geschäfte, z. B. die Eigenthumstradition und die familienrechtlichen Geschäfte (vgl. Scialoja a. a. O. S. 20) einen Gegensatz zu den obligatorischen Verträgen bilden, dürfen wir dahingestellt sein lassen; es genügt für unsern Zweck, solche Geschäfte zu nennen, bei denen die angegebenen Gegensätze zweifellos und anerkanntermaßen vorhanden sind.

21) Man denke z. B. den Fall, daß der Eingesetzte im Hinblick auf die Erbschaft, deren Hauptobject ein Landgut ist, mit eigenem Gelde Pferde

Schließlich ist noch zu bemerken, daß für eine Gruppe von Dissensfällen von Hartmann noch ein etwas anderer Weg eingeschlagen wird, um zu einem Vertrag zu kommen, für diejenigen Fälle nämlich, wo keiner der beiden Theile etwas Anderes erklärt hat, als was er wollte, die beiderseitigen Erklärungen auch übereinstimmen, wo aber der eine Theil sich unter demselben Worte etwas Anderes gedacht hat als der andere. Mit Recht verwirft Hartmann sowohl diejenige Ansicht, welche hier entscheidend sein läßt den Sinn, den der Erklärende mit dem Worte verbunden hat, als auch diejenige, welche den Sinn für ausschlaggebend erklärt, den der Empfänger der Erklärung derselben thatsächlich beilegte. Im Gegensatz dazu will Hartmann, es solle „nach guter Treue, soweit es auf Grund der vorliegenden Anhaltspunkte und unter individueller Würdigung des Falles mit allen begleitenden Umständen angängig ist, der objective Sinn gefunden werden, welchen beide Parteien als für sie entscheidend gelten zu lassen haben" (S. 53). Hier wird also der fehlende Consens durch Auslegung zuwege gebracht.

Es muß nun zunächst bemerkt werden, daß es auch in solchen Fällen contra bonam fidem sein kann, sich darauf zu berufen, daß man mit einem Worte diesen bestimmten Sinn verbunden habe; dann wird derjenige, welcher diesen Sinn des Wortes geltend machen will, eben auch nicht gehört. Wenn ein Wort neben dem gewöhnlichen noch einen ganz ungewöhnlichen Sinn hat, so muß derjenige, der das Wort in dem letzteren Sinne verstanden wissen will, dies deutlich erklären, denn er muß sich als halbwegs verständiger Mensch sagen: der Andere wird dieses Wort in seiner gewöhnlichen

---

und Wagen angeschafft, daß er einen Kutscher gedungen hat; er muß nun jene mit Verlust wieder verkaufen, dem Kutscher einen Vierteljahrslohn zahlen.

Bedeutung verstehen, er wird an die Bedeutung, die ich im Sinne habe, gar nicht denken. Muß er sich das aber sagen, so kann er ohne Verletzung der den Verkehr regierenden bona fides die Hervorhebung des ungewöhnlichen Sinnes nicht unterlassen. Aehnlich ist es, wenn es sich um einen Ortsnamen handelt, der z. B. im deutschen Reich einer bekannten Stadt zukommt, aber auch irgend einem obscuren Städtchen in irgend einer county der vereinigten Staaten. Hier stimmen wir völlig mit Hartmann überein: derjenige, welcher, ohne dies hervorzuheben, das amerikanische Städtchen gemeint haben will, würde sich nicht probe auf diese seine abweichende Sondervorstellung berufen können (S. 55). Ebenso gehört hieher der Fall der l. 12 de transact. (2, 15): non est ferendus qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt, transegerit, si postea causetur de eo solo se cogitasse, quod prima parte testamenti ac non etiam quod posteriore legatum sit. Wer sich in Vergleichsverhandlungen einläßt über dasjenige, was ihm im Testamente hinterlassen ist, ohne irgend anzudeuten, daß er nur bezüglich eines Theils transigiren wollte, der hat eben, Falls er diesen letzteren Willen hatte, nicht bona fide dies verschweigen können, denn er mußte sich sagen, daß die andere Partei an solche Beschränkung seines Vergleichswillens nicht denken könne.

Wo aber die Sache nicht so liegt, da will Hartmann, wenn wir ihn recht verstehen, den objectiven Sinn der Erklärung doch nur in den Fällen ermittelt wissen, wo nach den Motiven der guten Treue Jemand, welcher eine Vertragserklärung abgegeben hat, als verpflichtet erscheint. Wir schließen dies aus der von ihm getroffenen Entscheidung folgenden Falles. Jemand hat in dem Erdgeschosse seines Hauses zu beiden Seiten der Hausthüre Miethwohnungen und schreibt die Wohnung „linker Hand“ zur Miethe aus; der Miether

faßt dies „linker Hand" vom Standpunkt des Eintretenden auf, während der Vermiether vom Standpunkt des Hinaustretenden gesprochen hatte. Hier will Hartmann nicht etwa den objectiven Sinn ermitteln, den die beiden Contrahenten gegen sich gelten zu lassen haben[22]), sondern er will es dabei bewenden lassen, daß nihil valet quod acti sit (S. 35); offenbar deshalb, weil ihm nach den Umständen des Falles keine der Parteien nach der guten Treue als zu irgend etwas verpflichtet erscheint. Danach ist denn aber das Verfahren im Wesentlichen doch dasselbe, wie das, über welches wir oben gesprochen haben. Es wird zunächst zugesehen, ob bei vorhandenem aber verborgen gebliebenem Dissense die eine oder andere Partei ex fide bona als verpflichtet zu erachten ist. Statt aber darauf hin sofort zu statuiren, es sei ein Vertrag zu Stande gekommen, wird noch eine Auslegung eingeschaltet, die ihn als durch Consens zu Stande gekommen erscheinen läßt. Es ist das in der That aber doch nur ein ficticischer Vertrag. und es verschlägt wenig, ob man sofort einen Vertrag fingirt und dann dessen Inhalt durch Feststellung des objectiven Sinnes findet, oder ob man durch Feststellung des objectiven Sinnes zunächst einen fingirten Consens herstellt.

Als quellenmäßiges Beispiel für solchen modus procedendi führt Hartmann die l. 34 pr. de c. empt. (18, 1) von Paulus an. Es ist schon oben bemerkt worden, daß es sich in dieser Stelle nur um eine Meinungsverschiedenheit über eine accessio handelt. Bezieht sich der verborgen ge-

---

22) In diesem Falle könnte das allerdings nur entweder der von der einen oder der von der andern Partei gemeinte Sinn sein. Aber dasselbe würde auch in tausend andern Fällen zutreffen, wo die Ermittlung des objectiven Sinnes Platz zu greifen hätte. Die Fälle, wo diese Ermittlung auf ein Drittes, weder von der einen noch von der andern Seite Gemeintes führt, werden verhältnißmäßig selten sein.

bliebene Dissens nur auf einen Nebenpunkt, so ist ein Vertrag nichts desto weniger zu Stande gekommen, und da wird dann allerdings vom Richter festgesetzt, was zu gelten hat, sei es nach einer gegebenen Regel des Rechts, sei es nach durch die bona fides gegebenen Erwägungen und Entscheidungsgründen. (Vgl. Windscheid, Wille und Willenserklärung, S. 38; civ. Archiv cit. S. 107.)

V.

Bevor wir dazu übergehen, unsre eigene Ansicht darüber zu entwickeln, unter welchen Voraussetzungen, aus welchen Gründen und in welchem Umfang Jemand einem Andern verpflichtet werden kann, trotzdem der mit diesem äußerlich abgeschlossene Vertrag wegen Mangels an Willensübereinstimmung über einen wesentlichen Punkt giltig nicht zu Stande gekommen ist, scheint es uns angezeigt zu sein, die folgende Frage etwas näher ins Auge zu fassen: wie kommt es, daß unsre Quellen, in denen doch der Fall des verborgenen Dissenses behandelt, und soweit die Giltigkeit des Vertrags in Frage kommt, auch entschieden ist, sich über die weiteren angegebenen und praktisch viel wichtigeren Punkte nicht äußern?

Es mag hier zunächst auf Folgendes hingewiesen werden. Betrachtet man den Eifer, mit welchem die Gegner der herrschenden Theorie deren praktische Unzuträglichkeit, ja Unerträglichkeit hervorheben, so könnte man auf den Glauben kommen, daß die Fälle verborgenen Dissenses mindestens eben so häufig vorkommen, als diejenigen, in welchen die übereinstimmenden Erklärungen von wirklichem Consens getragen sind. Es ist aber doch gar kein Zweifel, daß in den allermeisten Fällen die Uebereinstimmung der beiderseitigen Erklärungen auch eine Uebereinstimmung der beiderseitigen Willen ist; sodann, daß von den verhältnißmäßig seltenen Fällen verborgenen und auf

wesentliche Punkte sich beziehenden Dissenses wieder ein guter Theil von der Art ist, daß es der guten Treue und den Anforderungen des Verkehrs durchaus nicht widerspricht, wenn im Sinne der herrschenden Lehre an den vorliegenden Thatbestand keine Rechtsfolgen geknüpft werden. Wäre dem nicht so, so wäre es ja ganz und gar unbegreiflich, daß diese sog. herrschende Lehre sich so lange halten konnte.

Sogleich drängt sich noch eine andre Betrachtung herzu. Ist wirklich eine Irrung in Bezug auf Wesentliches vorgekommen, und liegt der Fall so, daß ex aequo et bono ein Anspruch des Einen an den Andern als begründet erscheint, so wird ja ein ehrenhafter und billig denkender Contrahent einem solchen Anspruch gerecht werden auch dann, wenn ihm ein Jurist vom Standpunkt der herrschenden Theorie aus erklären sollte, er sei rechtlich zu Nichts verpflichtet, weil ein giltiger Vertrag nicht zu Stande gekommen sei. Ein Geschäftsmann kann so handeln sogar abgesehen von ethischen Motiven, aus bloßer Klugheit, die etwas weiter blickt und über dem nächsten Vortheil die Zukunft nicht aus den Augen verliert. Ist, möchte man fragen, die Frage in neuerer Zeit für die Praxis vielleicht deshalb eine so brennende geworden, weil im Verkehr die einseitige und rücksichtslose Verfolgung des eigenen Interesses unter Benutzung jeder Handhabe, die das geltende oder als geltend angenommene Recht gewährt, im Vergleich zu früheren Zeiten zugenommen hat, so daß ein gewisser Procentsatz solcher Dissens-Fälle, welcher früher friedlich geschlichtet wurde, jetzt vor die Gerichte kommt?

Im römischen Verkehr mögen solche Dissensfälle aus anderen Gründen seltener gewesen sein, als im heutigen. Der römische Verkehr stand unter einer Jahrhunderte lang andauernden strengen und heilsamen Zucht, welcher der heutige Verkehr fast ganz entbehrt. Man darf annehmen, daß bei

einem Volke, welches seit lange unter der Herrschaft von Formalgeschäften gestanden und das Princip der Formlosigkeit der Verträge überhaupt nur auf einem beschränkten Gebiete angenommen hat, in Bezug auf Geschäftsabschluß auch bei formlosen Verträgen eine größere Umsicht und Genauigkeit anzutreffen ist, als da, wo das Princip der Formlosigkeit nahezu den ganzen Verkehr beherrscht. Dazu nehme man noch die Hast des modernen Verkehrslebens, und man wird die Annahme nicht unbegründet finden, daß Fälle solchen verborgen bleibenden Dissenses bei den Römern verhältnißmäßig noch seltener vorkamen als bei uns.

Immerhin aber sind sie, wie auch die Quellen bezeugen, vorgekommen, und zwar nicht so unerhört selten, daß die römischen Juristen unter Berufung auf des Theophrastus Wort *τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δὶς παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται* (l. 6 de leg.) sie hätten ignoriren können. Daß aber die Römer, insbesondere das römische Recht der Kaiserzeit, gegen die Anforderungen der bona fides des Verkehrs durchaus nicht unempfindlich waren, weiß Jeder, der das römische Recht auch nur oberflächlich kennt; und daß diesen Anforderungen in allen Fällen von Dissens einfach durch den Ausspruch genügt werde, es sei kein Vertrag zu Stande gekommen, und folglich auch, abgesehen von einer etwa begründeten actio doli, Keiner dem Andern etwas zu leisten schuldig, dagegen möchten wir uns ebenso entschieden erklären, wie nur irgend ein Gegner der herrschenden Lehre. Wir müssen daher die Annahme für völlig ausgeschlossen erachten, daß es nach dem römischen Rechte zur Zeit der klassischen Juristen in Bezug auf die praktische Behandlung des Dissenses bei obligatorischen Verträgen bei dem nihil valet quod acti est schlechthin und in allen Fällen sein Bewenden gehabt habe.

Daß aber die römischen Juristen darüber, was zu gelten

habe, wenn man bei der Ungiltigkeit des Vertrages nicht einfach stehen bleibt, eine principielle Regel aufgestellt haben sollten, das halten wir für ebenso unwahrscheinlich, als es andrerseits schwer begreiflich wäre, daß die Compilatoren eine solche Regel sich hätten entgehen lassen, die, wenn einmal gefunden und aufgestellt, doch sicher in verschiedenen juristischen Werken besprochen worden wäre. Das klassische römische Recht wird aller Wahrscheinlichkeit nach nicht darüber hinausgekommen sein, die Entscheidung für jeden einzelnen Fall und unter genauer Betrachtung der Individualität desselben durch den Judex treffen zu lassen. Auch Hartmann sagt (S. 48), daß die klassischen Juristen statt einer formalen und uniformen Regel vielmehr die freie Würdigung der individuellsten Umstände des Einzelfalles nach guter Treue entscheiden ließen. Aber freilich sagt er das mit Bezug auf die Frage, ob ein Vertrag zu Stande gekommen sei; wir halten es für richtig nur bezüglich der davon ganz verschiedenen Frage: soll trotz der Ungiltigkeit des Vertrags der Eine dem Andern etwas zu leisten verpflichtet sein und was? Es wird darauf ankommen, zu zeigen, wie in Rom die Entscheidung dieser Frage dem Judex unterbreitet wurde. In dieser Beziehung wird zwischen bon. fid. iudicia und stricti iuris iudicia ein Unterschied zu machen sein.

Was die ersteren betrifft, so würden wir, wenn uns weiter nichts als die Formel derselben bekannt wäre, aus dieser vielleicht die Consequenz ziehen zu müssen glauben, daß der Judex, der angewiesen ist, den Beklagten auf das zu verurtheilen, was dieser ex fide bona auf Grund eines Kauf-, Miethvertrags u. s. w. schuldig geworden, eben absolviren mußte, wenn sich herausstellte, daß der äußerlich abgeschlossene Kaufvertrag ungiltig sei, wie er zweifellos absolviren mußte, wenn auch nicht einmal der äußerliche Abschluß eines Kaufvertrags be-

wiesen werden konnte. Zum Glück sind uns aber in den Digesten einige Stellen überliefert, welche beweisen, daß die römischen Juristen, wie sie die Contractsklagen unter Umständen auch für Nichtcontrahenten gaben (s. oben S. 451), wie sie ferner die Contractsklage gaben zur Verfolgung von Ansprüchen, die sich erst bei und aus der Aufhebung des Contracts ergeben[23]), so dieselbe auch für zulässig erachteten im Falle ursprünglicher Nichtigkeit des Contracts[24]). Es sind dies die von Ihering für seine Theorie von der culpa in contrahendo verwendeten Stellen: l. 62 § 1 de contr. empt. (18, 1) und l. 8 (mit l. 9) de her. vel act. vend. (18, 4), ferner l. 21 pr. de act. e. v. (19, 1). Bei der zweiten Stelle ist zwar die Klage nicht angegeben, allein an eine condictio des Kaufpreises zu denken (wie sie z. B. in l. 7 eod. gegeben

---

23) So im Falle der lex commissoria beim Kaufvertrag. Daß hier über die Zulässigkeit der actio venditi Bedenken entstunden, und zwar wegen des hier üblichen Ausdrucks, die res solle inempta sein, zeigt l. 6 § 1 de contr. empt. (18,1); daß schließlich kaiserliche Rescripte eingriffen, l. 4 pr. de leg. comm. (18,3). Vgl. auch l. 11 § 6 de a. e. v. (19,1).

24) Vgl. Bechmann, Kauf II S. 430 f. Ueber die Differenzen, welche bezüglich der Gültigkeit solcher Geschäfte unter den römischen Juristen bestanden, vgl. denselben l. c. S. 441 ff. Auch bezüglich des Kaufes eines Freien als Sclaven bestand solche Meinungsverschiedenheit, wie aus l. 70 de contr. empt. 18,1 und l. 4 qui ad lib. 40,13 ersichtlich. Die Ansicht, daß der Kauf giltig sei, möchten wir nicht mit Bechmann (S. 440) als die zur Herrschaft gelangte, sondern vielmehr als diejenige bezeichnen, welche sich neueren Zweifeln gegenüber in der Herrschaft behauptete. Sagt doch Bechmann selbst, daß diese Behandlung schon in alter Zeit vorkam; in dieser Zeit, wo man noch mit Strenge an der Classification der Obligirungsgründe in Contracte und Delicte festhielt, wird man sich der augenscheinlichen Nothwendigkeit gegenüber, den gutgläubigen Käufer eines freien Menschen rechtlich zu schützen, kaum anders zu helfen gewußt haben, als indem man einen giltigen Kauf statuirte — also ebenso verfuhr, wie heute noch die Anhänger der Erklärungstheorie. Das hielt man dann späteren theoretischen Bedenken gegenüber aufrecht.

wird), geht wegen der Worte et si quid in eam impensum est nicht an, und so wird auch hier die gewöhnliche actio empti als die zuständige Klage zu unterstellen sein[25]).

Allerdings liegt in diesen Fällen der „subjectiv untadelhafte Thatbestand des Contrahirens" vor, und er wird es wohl auch sein, der auf Grund der bona fides rechtliche Wirkungen erzeugt (Bechmann, Kauf II S. 432). In unseren Dissensfällen mag es sich um taugliche Objecte handeln, aber das Contrahiren selbst gelingt nicht; immerhin ist es nicht bloß ein „nichtiger subjectiver Vorgang", wie Bechmann l. c. S. 434 sagt[26]). Allein es ist nicht recht einzusehen, weshalb man, wenn man einmal von einem objectiv giltigen Kaufe abstrahirte, die Demonstration der formula nicht auch dann für zutreffend habe erachten können, wenn nur der äußere Thatbestand eines Contrahirens vorlag. Wie wird sich denn die Sache praktisch, d. h. processualisch gestaltet haben? Wer in Fällen verborgen gebliebenen Dissenses an den Andern Ansprüche klageweise geltend macht, pflegt nicht gleich von vorneherein zuzugestehen, daß in Folge eines Miß-

25) In l. 8 § 1 de relig. wird eine actio in factum gegeben in dem Falle des Kaufes eines locus religiosus. Wenn hier der concrete Fall so angegeben wird: si locus religiosus pro puro venisse dicetur, so scheint der Verkäufer wissentlich einen locus religiosus als purus verkauft zu haben, und vielleicht war der vom Käufer von vornherein behauptete dolus des Verkäufers der Grund, weshalb die formula mit der bonae-fidei-Intentio nicht gegeben wurde. Dann konnte sich der Gedanke nahe legen, es handle sich bei dieser act. in factum um eine Delictsklage; auf diese Weise wäre das Motiv für die Schlußworte Ulpians klargelegt: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat. Anders Bechmann, Kauf II S. 443.

26) Diese Bezeichnung ist nur zutreffend, wo auch die Uebereinstimmung der äußern Erklärungen nur eine vermeintliche ist, welchen Fall wir am Anfange dieses Aufsatzes ausgeschieden haben.

verständnisses ein Vertrag nicht zu Stande gekommen sei[27]. Es wird darüber vielleicht in iure gar nicht gesprochen, aber auch wenn darüber in iure gestritten wird, so untersucht es der Prätor nicht und es ging also die Sache mittelst der gewöhnlichen Formel an den Judex. Hier in iudicio mögen nun derartige Fälle ebenso verschieden behandelt worden sein, wie sie noch heute in Theorie und Praxis verschieden beurtheilt und entschieden werden. Das freilich dürfte am seltensten vorgekommen sein, daß ein römischer Geschworner, wenn er als vir bonus und als verständiger Beurtheiler des Verkehrs und seiner Forderungen fand, es habe Beklagter dem Kläger ex fide bona etwas zu leisten, sich nun an dem Nichtzutreffen der demonstratio gestoßen und den Beklagten absolvirt hätte. Schon eher könnte ein solcher Geschworner in der Weise Hartmann's argumentirt haben: hier liegt offenbar eine Verpflichtung des Beklagten vor, also muß ein Vertrag zu Stande gekommen sein. Das Gewöhnliche aber dürfte wohl das gewesen sein, daß der Geschworne, einmal mit der Sache befaßt, über die formelle Giltigkeit des in der Demonstratio erwähnten Vertrags sich den Kopf überhaupt nicht zerbrach, sondern über die Rechtsfolgen des Thatbestandes, wie er ihm nun im Anschluß an die Demonstratio dargelegt wurde, ex fide bona Entscheidung traf[28]. Und man wird fragen dürfen, ob denn nicht auch heute noch Praktiker, die Kopf und Herz auf dem rechten Flecke haben, in ähnlicher Weise verfahren, nur mit dem Unterschiede,

27) War in iure darüber Einverständniß, daß wegen Dissenses über einen wesentlichen Punkt ein Vertrag nicht zu Stande gekommen sei, so stand der Prätor vor der Alternative, die Contractsklage zu versagen oder ao. in factum zu geben; wenigstens stand er vor dieser Alternative so lange, als es nicht anerkannte Praxis war, die Demonstratio auf äußerliches Contrahiren mit zu beziehen. — An eine specialisirte Demonstratio nach Art der ao. praescriptis verbis denkt Bechmann cit. S. 432.

28) Vgl. Demelius in Grünhut's Zeitschrift 9 S. 322, Note 9.

daß sie die Entscheidung, zu der sie auf dem Wege individueller Würdigung des Falles ex fide bona gelangt sind, erst noch aus einer allgemeinen Theorie zu deduciren sich angelegen sein lassen — wobei es dann gar wohl geschehen mag, daß die Theorie sich den Anforderungen des speciellen Falles doch fügen muß, indem nämlich derjenigen der Vorzug gegeben wird, nach welcher man dem Falle am besten „gerecht werden“ kann.

Man wird also nach dem Gesagten der Ansicht Mommsen's (Ueber die Haftung der Contrahenten u. s. w. S. 6, S. 11) beizustimmen haben, daß bei den bon. fid.-Contracten die Contractsklage zur Geltendmachung aller Ansprüche benutzt werden konnte, die in Folge der äußern Thatsache der Abschließung des Contractes entstanden sind. Und zwar kann man dies thun, ohne im Geringsten der Ansicht Raum zu geben, daß bei Nichtigkeit des Contracts nur ein Delict als Grund der fraglichen Ansprüche sich denken lasse.

Die bezeichnete Stellung zur Demonstratio der Formula einzunehmen wurde übrigens dem Geschworenen durch die Fassung derselben wesentlich erleichert, um nicht zu sagen nahegelegt. Das Geschäft wird hier ja gewöhnlich einseitig, nach der Handlung des einen der beiden Contrahenten, bezeichnet, bei Kauf z. B. nicht: quod emptio venditio contracta est inter A^{um} et N^{um}, sondern: quod A^{us} N^{o} vendidit; diese Fassung war buchstäblich auch dann vollständig zutreffend, wenn die Verkaufsabsicht des Einen mit der Kaufsabsicht des Andern in einem wesentlichen Punkte nicht zusammentraf.

Uebrigens ist es einleuchtend, daß der Geschworne in der Richtung, was er dem Kläger zuerkennen wollte (ob negatives Vertragsinteresse oder Erfüllungsinteresse), vollständig frei war.

Gerade in dieser Beziehung stand die Sache anders bei den stricti iuris actiones. Wenn z. B. auf Grund einer

30*

Stipulation hominem Stichum dare spondes (l. 83 § 1 verb. obl.), bei der Jeder der Contrahenten an einen andern Stichus gedacht hatte, die gewöhnliche Formel mit der Intentio auf hominem Stichum dare oportere gegeben wurde, so ist klar, daß der Judex nur entweder ein dare oportere bezüglich des einen oder des andern Stichus statuiren und danach auf das Erfüllungsinteresse condemniren konnte oder aber absolviren mußte. Für Zuerkennung eines negativen Vertragsinteresses war hier kein Raum. Es muß dahingestellt bleiben, ob die Möglichkeit hiefür dadurch geschaffen wurde, daß man aus der Stipulation eine formula mit intentio incerta und Demonstratio (nach der Art der bei Gai. 4, 136 mitgetheilten), vielleicht auch mit dem Zusatz ex f. b. gab; jedenfalls war dies nicht möglich, ohne daß die Thatsache des Dissenses in iure zur Sprache kam. Der Ansicht von Bähr aber dürfte es nicht zum Vortheil gereichen, daß nach ihr heute überall nur dieselbe Alternative Platz greifen soll, wie in Rom bei der formula certa des stricti iuris iudicium: entweder Erfüllung bezw. Erfüllungsinteresse oder Nichts (vgl. diese Jahrb. 14 S. 419).

Wie es sich nun auch mit diesen Dingen in der römischen Gerichtspraxis verhalten haben möge: das wird sich immerhin behaupten lassen, daß die römischen Quellen der Ansicht, wonach mit entschiedener Nichtigkeit des Vertrags auch entschieden wäre, daß zwischen den vermeintlichen Contrahenten keine rechtlichen Verpflichtungen entstehen konnten, nicht den geringsten Vorschub leisten. Wenn in Fällen verborgenen Dissenses gesagt wird nihil valet quod actum est, so ist damit allerdings verneint nicht bloß das Zustandekommen eines Vertrags, sondern auch das Eintreten contractlicher Rechtswirkungen. Ja man mag noch weiter gehen und sagen, es sei auch verneint, daß das Erklärte als solches irgend welche

Rechtswirkungen habe. Dem ist aber sofort hinzuzufügen, daß in den bezüglichen Quellenstellen auch mit keiner Silbe die Rede ist von anderweitigen, an die Thatsache des äußeren Contrahirens sich anschließenden Thatsachen. Ob aus solchen in Verbindung mit der Thatsache der äußern Contractserklärung Rechtsfolgen hergeleitet werden können, darüber wird sonach durch Quellenaussprüche des angegebenen Inhalts in keiner Weise abgesprochen, vielmehr ist uns in dieser Beziehung ebenso völlige Freiheit gelassen, wie sie unsrer Meinung nach der römische Judex hatte.

Es möchte nun scheinen, als könnten wir unsere Untersuchung mit dem Satze abschließen, daß in den Fällen verborgen gebliebenen Dissenses der Richter unter genauer Beachtung und Würdigung der concreten Sachlage nach den Principien der guten Treue zu entscheiden habe, ob und was die eine Partei der andern ungeachtet des Nichtzustandekommens eines Vertrages zu leisten habe. Eine derartige Bestimmung würde sich wohl für den Gesetzgeber empfehlen; die Wissenschaft wird sich aber der Aufgabe nicht entziehen können, nach verschiedenen Richtungen hin genauere und festere Bestimmungen zu ermitteln, auch wenn der Gesetzgeber mit jener allgemeinen Weisung sich begnügen könnte. Die bona fides ist ja kein Thatbestand, sondern nur ein Beurtheilungsmaßstab für Thatbestände. Es wird also festzustellen sein, beim Hinzutreten welcher weiterer Thatsachen, dann aber auch, warum es der bona fides entsprechend erscheint, daß in den in Rede stehenden Fällen der eine Contrahent dem andern etwas leiste; daraus werden sich die näheren Bestimmungen über die Voraussetzungen und die Tragweite des betreffenden Anspruches herleiten lassen. Dieser Aufgabe wenden wir uns nunmehr zu.

VI.

Die Grundfrage, mit der die folgende Untersuchung anzuheben hat, ist diese: welche Bedeutung kommt der Erklärung eines rechtsgeschäftlichen Willens, insbesondere der Vertragserklärung, an und für sich und abgesehen von anderweitigen Thatsachen zu? Ist wirklich, wie Hartmann S. 39 es annimmt, im materiellen Rechte der Satz enthalten, daß schon die bloße äußere Erklärung eine rechtserzeugende Thatsache von unanfechtbarer Wirksamkeit sein kann? Hartmann stellt dies zwar zunächst für die rechtliche Behandlung der Mentalreservation hin, dehnt es dann aber, indem er die Behandlung der Mentalreservation als eine ausnahmsweise nicht gelten läßt, auf Willenserklärungen überhaupt aus (S. 40, vgl. S. 61).

Sehen wir nun zunächst bei der Mentalreservation zu, ob hier in der That die bloße äußere Erklärung eine rechtserzeugende Thatsache sei. Es knüpfen sich hier allerdings — wenn wir von dem Falle absehen, daß der Getäuschte ein höheres negatives Vertragsinteresse zu liquidiren vorzieht — an die bloße äußere Vertragserklärung dieselben Wirkungen, wie an einen Vertrag; aber nur kraft eines besondern, hier hinzutretenden materiellen Rechtssatzes, daß Niemand sich zu seinem Vortheil auf sein unredliches oder sonst verwerfliches Verhalten berufen kann, wie dies oben ausgeführt wurde. So hat das richterliche Urtheil, welches auf eine Schuldklage ergeht und den Beklagten zu Unrecht verurtheilt, eine Wirkung, wie ein obligationsbegründender Thatbestand; aber es hat diese Wirkung kraft der hinzutretenden Bestimmungen über die res iudicata, und es wäre offenbar unrichtig, deshalb nun zu sagen, dem richterlichen Urtheil (im eigentlichen Sinne und im Gegensatz zu Adjudicationen) komme als solchem und für sich allein rechtsbegründende Kraft zu. Aehnliches ist zu sagen von solchen Fällen, wo eine vom Willen wirklich, nicht bloß

angeblich verlassene Erklärung deshalb Rechtsfolgen hat, weil die Discrepanz nicht bewiesen werden kann, sei es aus faktischen Gründen (weil z. B. die Zeugen sich nicht mehr erinnern) oder auf Grund eines Satzes des Beweisrechts (C.P.O. § 410). Hier tritt allerdings eine gewisse Selbständigkeit der äußeren Erklärung zu Tage, aber nicht eine materiellrechtliche, sondern nur eine beweisrechtliche: wer eine Erklärung bewiesen hat, braucht nicht außerdem auch das Vorhandensein des Erklärungswillens und des Wirkungswillens — des dem Dasein der Erklärung und des dem Inhalte der Erklärung entsprechenden Willens — zu beweisen[29]).

Ist sonach die behauptete Selbständigkeit der Erklärung selbst für die von Hartmann zum Ausgangspunkt genommene Mentalreservation nicht anzuerkennen, so ist sie es überhaupt nicht; es kommt auch weiter nichts darauf an, ob die Mentalreservation etwa in andrer Hinsicht eine scharf abgrenzbare Ausnahme bilde oder nicht.

Wo es sich nicht um ein förmliches Rechtsgeschäft handelt — und von solchen ist hier durchweg nicht die Rede — da hat das Wort, das gesprochene wie das geschriebene, keine weiter gehende Bedeutung, als die, Ausdrucksmittel und folglich Erkenntnißmittel des Willens (des sog. Wirkungswillens oder der Absicht) zu sein. Gerade darum, weil das Wort beim formlosen Rechtsgeschäft darüber

29) Es mag hier noch angeführt werden, daß bei unserer Auffassung der Mentalreservation die Möglichkeit gegeben ist, die Berufung auf dieselbe dann zuzulassen, wo sie in einem besonders gearteten Falle nicht contra bonam fidem wäre (vgl. Kohler in dies. Jahrbb. 16, S. 96); sie würde dann, Beweis vorbehalten, allerdings dazu führen, die Nichtigkeit der äußern Erklärung festzustellen. Ob in l. 6 § 7 de adq. her. 29,2 ein solcher besonderer Fall vorliegt, braucht hier nicht untersucht zu werden, und ebensowenig die moralische Seite der Sache.

hinaus keinerlei Bedeutung hat, kann es hier vollkommen ersetzt werden durch etwas Anderes, nämlich durch concludente Handlungen. Denn diese leisten dasselbe; auch sie sind Ausdrucksmittel und Erkenntnißmittel des Willens. Beim förmlichen Rechtsgeschäft dagegen hat das Wort eine weitergehende Bedeutung, und darum kann es hier durch eine noch so concludente Handlung nicht ersetzt werden. Man kann sagen, die Beachtung der concludenten Handlung, die Zulässigkeit einer sog. stillschweigenden Willenserklärung, sei das sicherste Kriterium dafür, daß in dem Gebiete dieser Zulässigkeit dem Worte lediglich die angegebene Bedeutung zukomme.

Diese Bedeutung darf nun aber nicht unterschätzt werden. Ist die Aeußerung des Willens überhaupt Bedingung seiner Wirksamkeit, weil seiner Erkennbarkeit (vgl. meine Abhandlung „unverbindlicher Gesetzesinhalt" im Archiv f. d. civ. Prax. Bd. 69 S. 281), so gilt dies natürlich auch vom Wort. Es ist als Erkenntnißmittel des Willens zugleich condicio sine qua non seiner Wirksamkeit. Aber es ist auch nicht mehr; es ist nicht die causa efficiens der rechtlichen Wirkung, dies ist vielmehr der Wille auf Grund der Bestimmung des objectiven Rechts. Man kann diese Auffassung eine spiritualistische mit Fug und Recht nicht nennen; das wäre nur dann begründet, wenn dem Willen ohne das Wort Rechtswirkung beigelegt würde. Dagegen wird man die Ansicht, welche dem Wort ohne den Willen ohne Weiteres Rechtswirkung beilegt, mit Fug und Recht als eine materialistische bezeichnen können (vgl. Regelsberger a. a. O. S. 406).

Aus dem Gesagten folgt unweigerlich, daß dem vom Willen verlassenen Worte für sich allein und ohne das Hinzutreten weiterer Momente Rechtswirkung nicht zukommt, und zwar ganz gleichgiltig, auf welche Weise das

Auseinandersein von Wille und Erklärung verursacht wurde, und ob dabei den Erklärenden ein Verschulden trifft, oder nicht. Und eben das gilt nun auch von Vertragserklärungen bei Dissens über einen wesentlichen Vertragspunkt.

Dieser Sachverhalt ist denn auch, wenn wir genau zusehen, von Hartmann selbst unwillkürlich und thatsächlich anerkannt. Denn wenn er (S. 42) sagt, es müsse der abweichende innere Wille gegen die erfolgte Erklärung nach offenbarer guter Treue noch durchschlagend sein, wenn die untergelaufene Divergenz sofort klargestellt wurde, solange noch res integra ist, d. h. solange die äußere Sachlage noch nicht als zum Nachtheil der Gegenpartei verändert angesehen werden kann: so ist ja klar, daß die Erklärung irgendwelche rechtliche Wirkung erst dadurch erlangt, daß eine Aenderung der Sachlage in der bezeichneten Richtung eintritt, daß sie mithin solche Wirkung für sich allein noch nicht hat. Oder wie könnte man in diesem Falle die „Umstürzung der äußern Erklärung" rechtfertigen, wenn es wahr wäre, daß durch die Erklärung allein schon ein obligatorischer Vertrag zu Stande gekommen ist und folglich vertragsmäßige Verpflichtungen existent geworden sind? Gewiß nicht schon damit, daß in diesem Falle dem Gegner die Umstürzung keinen Schaden bringe. Denn dann müßte man wohl auch im Falle wirklichen Consenses den Rücktritt auf Grund einfacher Willensänderung des einen Contrahenten für zulässig erklären, solange noch res integra ist: was Hartmann selbst (a. a. O. Note 27) mit vollem Rechte verwirft. Oder vielleicht damit, daß der innere Consens fehle? Dann ist damit zugegeben, daß der Vertrag, von dem man hier spricht, doch wieder verschieden ist von dem Vertrag, bei dem Wille und Erklärung nicht divergiren. Es zeigt sich eben hier nach verschiedenen Richtungen hin, wie mißlich die Lage wird, wenn man einen Vertrag statuirt, wo

in Wahrheit keiner ist. Statuirt man das Zustandekommen eines Vertrags von vornherein auf Grund der Uebereinstimmung der Erklärungen bis zur Beseitigung derselben nach den Anforderungen der guten Treue, so ist nicht einzusehen, inwiefern solche Beseitigung zu rechtfertigen sei durch die bloße Thatsache, daß der Gegner keinen Schaden habe; läßt man aber die Frage, ob ein Vertrag zu Stande gekommen, in der Schwebe, so entscheidet der später eintretende Umstand, daß nicht mehr res integra ist, darüber, ob ein Vertrag zu Stande kam oder nicht: das führt dann aber entweder zu dem oben (S. 447) angedeuteten Zirkel, oder aber — zu der Einsicht, daß man einen Vertrag gar nicht braucht, um die in Folge der Aenderung der Sachlage eintretenden Verpflichtungen zu fundiren.

Darüber freilich kann nun kein Zweifel bestehen: wenn man sich einmal auf Hartmann's Standpunkt stellt, wenn man also die Erklärung als für sich allein wirksam erachtet, so lange sie nicht im Einklang mit der guten Treue umgeworfen werden kann, so muß man eine Ausnahme für das Stadium machen, wo noch res integra ist; andernfalls kommt man zu Entscheidungen, welche dem, was im Verkehr als anständig betrachtet wird, geradezu Hohn sprechen. Wir kommen hiermit unmittelbar zu der Antwort auf die oben gestellte Frage: was muß hinzukommen, damit in den Fällen verborgenen Dissenses der eine Contrahent dem andern als verpflichtet erscheine?

Wo immer uns, nachdem wir gefunden haben, es habe den Erklärungen der innere Consens gefehlt und es sei also kein Vertrag zu Stande gekommen, unser Rechtsgefühl sagt, daß gleichwohl die eine Partei der andern zu irgend einer Leistung verbunden sei, da ist auch irgend welche Veränderung in der Sachlage eingetreten, in Folge welcher der eine Theil in Schaden käme, wenn es bei dem nihil valet quod actum

est schlechthin sein Bewenden behalten würde. Der Verkäufer hat dem Käufer geliefert und dieser die Waare ganz oder theilweis verbraucht; der Vermiether hat den Miethgegenstand zur Verfügung des Miethers gehalten und andre Miethanträge zurückgewiesen; der Empfänger einer Bestellung hat, um diese effectuiren zu können, seinerseits Lieferungs- oder Dienstverträge abgeschlossen u. s. w. u. s. w. Dies ist, wenn wir nicht irren, ausnahmslos, während das Umgekehrte nicht immer zutrifft: es kann sehr wohl sein, daß eine Aenderung in der Sachlage zum Nachtheil des Einen eingetreten ist, und unser Rechtsgefühl gleichwohl sich nicht dafür ausspricht, daß derselbe nun gegen den Andern einen obligatorischen Anspruch haben solle.

Dergleichen die res integra beseitigende Thatsachen müssen also zu der Vertragserklärung ohne Consens hinzukommen, wenn eine Verpflichtung der einen Partei ex fide bona entstehen soll. Wie solche Thatsachen aber verpflichtende Wirkung nicht unter allen Umständen haben, so haben sie dieselbe auch nicht für sich allein; sie haben sie nur in Verbindung mit der Erklärung, mit welcher sie in ursächlichem Zusammenhange stehen müssen. Denn es kann ja nicht zweifelhaft sein, daß, wenn Jemand nach Empfang einer mißverstandenen Bestellung Aufträge giebt, die er auch sonst gegeben hätte, z. B. weil er ohnehin sein Geschäft erweitern, seine Lagervorräthe completiren wollte, die Sachlage als zu seinem Nachtheil verändert nicht angesehen werden kann.

Ist aber res in dem angegebenen Sinne mitconstituirendes Element in dem obligationserzeugenden Thatbestand, so ergiebt sich von selbst, daß, wo sie fehlt (= wo noch res integra ist), eine Verpflichtung nicht entsteht. Wir bedürfen keiner Ausnahme; es behält einfach dabei sein Be-

wenden, daß kein Vertrag, mithin keine contractliche Verpflichtung vorliegt, und daß für eine anderweitige obligatorische Verpflichtung der Thatbestand nicht vollständig ist.

Die weitere Frage ist nunmehr diese: warum erscheint es unserem Rechtsgefühl als entsprechend, an einen solchen Thatbestand eine Verpflichtung zu knüpfen, m. a. W. welches ist der innere Grund dieser Verpflichtung?

Um diese Frage zu beantworten, müssen wir erwägen, auf Grund welcher Bedingungen Verträge überhaupt möglich sind. Sie sind nur möglich, sofern ein rechtsgeschäftlicher Wille einem Andern in zuverlässiger Weise mitgetheilt werden kann [30]). Soll also Verkehr mittelst Verträgen Statt finden, so muß jeder Contrahent sich darauf verlassen können, daß die Erklärung des Andern und deren Inhalt den Willen dieses Andern zum Ausdruck bringt; wenigstens unter gewissen Bedingungen muß er sich darauf verlassen können. Könnte er sich unter keiner Bedingung, auch nicht bei Anwendung aller Aufmerksamkeit und Sorgfalt, darauf verlassen, so wäre ein Verkehr nicht möglich. Wir haben es hier mit einem fundamentalsten Postulat der bona fides zu thun, welche hier nicht blos als ein den rechtlichen Verkehr beherrschendes, sondern als ein den rechtlichen Verkehr überhaupt erst ermöglichendes Princip erscheint; daher es denn auch sehr verkehrt ist, ihr Walten nur innerhalb der fertigen Vertragsverhältnisse anzuerkennen, und ihre Herrschaft für die Phase des Contrahirens zu leugnen.

Will die Rechtsordnung Verkehr, so muß sie auch das angegebene Postulat anerkennen. Es muß also, da

30) Vgl. Savigny System III S. 258. Was Savigny daraus folgert: daß ein Widerspruch zwischen Wille und Erklärung nur angenommen werden dürfe, wenn er für den Empfänger der Erklärung erkennbar ist, ist augenscheinlich ein logischer Sprung.

sie Verkehr zweifellos will, in ihr ein Satz enthalten und anerkannt sein, daß Jeder, an den ein Anderer mit Vertragserklärung herantritt, sich — unter Erfüllung gewisser Bedingungen, von denen weiter unten zu reden sein wird — darauf verlassen dürfe, daß der ihm gewordenen Vertragserklärung ein entsprechender Wille zu Grunde liege. In der That liegt überall, wo unser Rechtsgefühl uns nöthigt, bei verborgen gebliebenem Dissens gleichwohl eine Verpflichtung des einen Contrahenten anzunehmen, die Sache so, daß wir uns sagen müssen: der andere Contrahent durfte sich darauf verlassen, daß ein Vertrag in dem und dem Sinne zu Stande gekommen sei.

Wenn nun die Rechtsordnung gewissermaßen jedem Contrahenten sagt: du darfst dich, wenn du gewisse von mir gestellte Bedingungen erfüllst, darauf verlassen, daß der Erklärung, die du empfängst, auch ein entsprechender Wille zu Grunde liegt, so übernimmt sie damit eine gewisse Garantie. Aus der genaueren Bestimmung dieser Garantie nach Voraussetzungen, Inhalt und Umfang müssen sich die Rechtssätze ergeben, welche die in Rede stehenden Thatbestände regeln — Rechtssätze, welche der römische Judex frei ex fide bona fand, die wir aber, von dem gewonnenen Standpunkte einer Garantie der Rechtsordnung ausgehend, an der Hand der bona fides aus der Natur des in Betracht kommenden Verhältnisses zu ermitteln versuchen müssen.

Um eine Seitens der Rechtsordnung gegebene Garantie also handelt es sich. Eines stillschweigenden Garantievertrags, wie ihn früher Regelsberger annahm[31]),

31) Civilrechtliche Erörterungen S. 33; jetzt vgl. denselben in Endemanns Handbuch II S. 414 Note 8. — Ein stillschweigendes Garantieversprechen statuirt auch Drechsler, über den Schadensersatz bei nichtigen Verträgen, (Dissert.) Würzburg 1873; s. besonders S. 59 ff.

bedürfen wir sonach nicht. Die Annahme eines solchen ist ebenso unhaltbar als überflüssig; daß sie für das römische Recht auch nicht einmal zum gewünschten Ziele führen würde, hat Bechmann (Kauf II, S. 434 Note 3) gezeigt. Richtig ist, daß auch bei Annahme solchen Garantievertrags die in Rede stehenden Verhältnisse eine befriedigende Regelung erfahren: dies beweist aber nur für die Richtigkeit des Garantiegesichtspunktes überhaupt. Eine brauchbare Seite scheint die Annahme eines stillschweigenden Garantievertrags aber dennoch voraus zu haben: es läßt sich daraus unmittelbar ableiten, daß der Anspruch des Empfängers einer ungiltigen Vertragserklärung Verpflichtungsfähigkeit des Erklärenden voraussetzt (vgl. Drechsler S. 62 Nr. 5). Indessen werden spätere Ausführungen darthun, daß auch in dieser Richtung die bezeichnete Annahme eine überflüssige ist (vgl. Nr. VIII am Schluß).

VII.

Wenn die Rechtsordnung dem Empfänger einer Vertragserklärung sagt: du darfst dich darauf verlassen, daß dieser Erklärung und ihrem Inhalt ein Wille entspricht, so entsteht sofort die Frage: darf man sich unter allen Umständen darauf verlassen? und ferner: was ist als der Inhalt der Erklärung anzusehen, dem ein entsprechender Wille als zu Grunde liegend angenommen werden darf?

Es leuchtet ohne Weiteres ein, daß die erste Frage zu verneinen ist, und daß bezüglich der zweiten die subjective Auffassung der Erklärung Seitens des Empfängers derselben nicht schlechthin maßgebend sein kann. Denn die Rechtsordnung kann sich nicht unbedingt in den Dienst des Einen gegen den Andern stellen, und sie kann nicht den Nachlässigen auf Kosten des Sorgfältigen in Schutz nehmen wollen. Die Garantie setzt voraus, daß der Empfänger der

Erklärung bei Beurtheilung derselben tadelfrei zu Werke gegangen ist. Er muß also die Umstände, unter welchen dieselbe abgegeben worden ist, sorgfältig beachten und verständig würdigen, und eventuell, wenn sich nämlich dabei Bedenken ergeben, zweckdienlich fragen; konnte und mußte er danach rechtsgeschäftliche Absicht des Andern unterstellen, so tritt die Garantie ein. Was aber den Inhalt der Erklärung angeht, so muß er sich nicht minder als Mustercontrahent bewähren: er kann die Garantie des Rechts in dieser Beziehung nur anrufen, wenn er mit der Erklärung denjenigen Sinn verbunden hat, den Hartmann den objectiven nennt (S. 53), denjenigen Sinn, welchen ein redlicher und verständiger Mann in diesem concreten Falle unter aufmerksamer Beachtung aller begleitenden Umstände in der Erklärung gefunden haben würde; das braucht durchaus nicht immer der gewöhnliche Wortsinn zu sein, es kann unter Umständen ein Sinn sein, den das Wort gewöhnlich nicht hat.

Hat er in dieser oder jener Beziehung es an sich fehlen lassen, so ist die Bedingung, an welche die Rechtsordnung ihre Garantie knüpft, nicht erfüllt und es behält nun, auch wenn nicht mehr res integra ist, sein Bewenden bei dem nihil valet quod actum est. Wir bedürfen also auch hier keiner Ausnahme, um das Nichtverpflichtetsein zu erklären, wie Hartmann eine solche (S. 41/42) statuirt, dasselbe folgt vielmehr von selbst aus den näheren Modalitäten der den entgegengesetzten Anspruch erzeugenden Rechtsgarantie.

Es frägt sich jetzt weiter, welches Maß von Sorgfalt von dem Empfänger einer Vertragserklärung in den angegebenen Richtungen verlangt wird. Am nächsten liegt es ohne Zweifel, nur dasjenige Maß von Sorgfalt zu verlangen, dessen Nichtbeachtung als lata culpa sich darstellt; am nächsten deshalb, weil ja der Empfänger der Erklärung zu dem Erklärenden in

keinem Contractsverhältnisse steht. Allein es ist wohl zu beachten, daß von dem Empfänger der Erklärung Diligenz verlangt wird gar nicht auf Grund einer Verpflichtung zur Diligenz gegenüber dem Erklärenden, also im Sinne eines obligatorischen Sollens, sondern lediglich im Sinn der Erfüllung einer Bedingung für das Inkrafttreten der in Rede stehenden Garantie; wie denn auch die Folge einer etwaigen Nachlässigkeit des Erklärungsempfängers nicht die ist, daß der Erklärende gegen ihn einen Anspruch erhält, sondern vielmehr die, daß er gegen den Erklärenden keinen Anspruch erhält. Will man denn doch von einer Pflicht zur Beobachtung von Diligenz sprechen, so würde sie gegenüber dem Garanten, also gegenüber der Rechtsordnung, bestehen; dabei soll nicht geleugnet werden, daß es allerdings im Interesse des Erklärenden geschieht, wenn die Rechtsordnung ein bestimmtes Maß von Diligenz von dem Erklärungsempfänger verlangt — weil nämlich die Garantie, wenn sie in Kraft tritt, auf Kosten des Erklärenden in Kraft tritt. Hiernach scheint es gerechtfertigt zu sein, von dem Erklärungsempfänger dasjenige Maß von Sorgfalt zu verlangen, welches nach römischer Ansicht im Gebiete des Verkehrs das normale ist: die Sorgfalt eines diligens pater familias. Dies scheint uns auch ganz besonders dadurch geboten zu sein, daß, wie weiter unten auszuführen sein wird, der Erklärende dem Erklärungsempfänger, falls dieser die Garantie in Anspruch nehmen kann, auch haftet, wenn ihm, dem Erklärenden, durchaus kein Verschulden zur Last gelegt werden kann.

Gegen die soeben aufgestellte Ansicht über das Maß der von dem Erklärungsempfänger zu fordernden Sorgfalt kann die l. 15 § 1 de contr. empt. (18,1) wohl nicht in durchschlagender Weise geltend gemacht werden. Im Principium dieses Fragments sagt Paulus, daß, wenn auch über das

corpus der Kaufsache consentirt ist, der Kauf doch nichtig sei dann, wenn dieselbe vor dem Kaufabschlusse untergegangen war. Man wird auch (auf Grund der l. 57 § 1. 3 eod.) unbedenklich anzunehmen haben, daß Paulus voraussetzt, dieser Umstand sei dem Käufer unbekannt gewesen. Wenn nun Paulus in § 1 fortfährt: ignorantia emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit, so steht dies zwar sehr unvermittelt da und erregt starken Verdacht, daß von den Compilatoren Einiges gestrichen ist; man mag aber immerhin annehmen, daß sich der Ausspruch auf den Fall des Principium bezieht. Aber wir kennen ja diesen Fall gar nicht vollständig und wissen daher, wenn Paulus sagt ignorantia emptori prodest, ganz und gar nicht, wozu ignorantia prodest. Es ist z. B. ganz wohl möglich, daß der Verkäufer vom Untergang der Sache keine Kenntniß hatte; dann haftet der wissende Käufer ex empto (l. 57 § 2 cit.), und Paulus mag in Bezug auf diese Folge den lata culpa unwissenden Käufer dem wissenden gleichgestellt haben. Vgl. übrigens auch unten die Note 37.

Uebrigens ist, wenn von dem Empfänger der Erklärung diligentia diligentis verlangt wird, immerhin noch ein Ab- und Zugeben nach der Individualität des Falles in weitem Umfange möglich und geboten. Auch die Person des Empfängers kann dabei in Betracht kommen, freilich nicht nach ihren individuellen Eigenschaften, wohl aber nach Gattungsmerkmalen. So kann z. B. bei einer und derselben Offerte die Preisbestimmung für den waarenkundigen Kaufmann einen Grund abgeben, an der Uebereinstimmung von Wille und Erklärung zu zweifeln, für ihn also nach den Grundsätzen der guten Treue eine Erkundigungspflicht begründen, während ein Handwerker, dem in dieser speciellen Branche eine besondere Waarenkunde nicht zugemuthet werden kann, dadurch, daß er

dieselbe Offerte ohne Weiteres annimmt, den Vorwurf eines incorrecten Verhaltens nicht auf sich ziehen würde.

Der hier aus dem Garantie-Princip abgeleitete Satz, daß der Erklärungsempfänger levis culpa zu prästiren hat, muß aber nothwendig eine Ausnahme erleiden in dem Falle, in welchem der Erklärende doloser Weise es auf die Täuschung der Gegenpartei abgesehen hat. Ist ihm diese gelungen, so hat er insoweit nur erreicht was er beabsichtigte; es kann ihm unmöglich gestattet sein, geltend zu machen, daß der Gegner ihm die Erreichung seiner Täuschungsabsicht zu leicht gemacht habe.

Wenn die Rechtsordnung dem Empfänger einer Vertragserklärung unter der Bedingung vollständig correcten eigenen Verhaltens sagt, er dürfe sich darauf verlassen, daß der Erklärung ein entsprechender Inhalt des Willens zu Grunde liege, so frägt sich weiter, was damit garantirt wird? Offenbar nicht das, daß ein Vertrag zu Stande gekommen sei; denn das ginge über das, was die Rechtsordnung vermag, hinaus. Die Rechtsordnung sagt nur, der Empfänger der Erklärung dürfe auf die Erklärung hin einen bestimmten Willens-Inhalt als vorhanden annehmen; sie sagt nicht und kann es auch nicht sagen, derselbe sei vorhanden. Wohl aber könnte die Rechtsordnung ihre Garantie so gestalten, daß sie an die vorliegenden Erklärungen dieselben Rechtsfolgen knüpfte, wie wenn ein Vertrag in dem Sinne des Empfängers der Erklärung, genauer in dem Sinne, welchen derselben mit der erhaltenen Erklärung verbinden darf, zu Stande gekommen wäre.

Bei diesem Inhalte der Garantie wäre aber zuvörderst nicht einzusehen, warum dieselbe nicht schon lediglich auf Grund des correcten Verhaltens des Erklärungsempfängers eintreten sollte, warum auch noch verlangt wird, daß nicht mehr

res integra sei; und doch sagt uns unser Rechtsgefühl, daß nur in diesem Falle eine Abhülfe zu Gunsten des Erklärungsempfängers geboten sei. Aber auch wenn bei dieser Gestaltung der Garantie das Erforderniß einer Veränderung der Sachlage zum Nachtheil des Erklärungsempfängers aufrecht erhalten würde, würde man nicht selten das wirkliche Bedürfniß überschreiten und also den Urheber der Erklärung, auf dessen Kosten ja dem Empfänger der Erklärung geholfen wird, unbillig beschweren. Durchschlagend ist aber dies, daß der angegebene Inhalt der Garantie sich aus dem Princip der Garantie selbst nicht ableiten läßt; wir können aber, da ein positiver Rechtssatz uns fehlt, nur das als Inhalt des materiellen Rechts annehmen, was sich mit Nothwendigkeit aus dem Garantieprincip selbst, und zwar nach praktischen Gesichtspunkten, nicht etwa auf rein logischem Wege, herleiten läßt. Dies ist aber nur Folgendes. Darf der Empfänger der Erklärung annehmen, daß ein Vertrag von bestimmtem Inhalt zu Stande gekommen sei, so darf er auf Grund dieser Annahme auch thätig werden — das „Sichverlassen können" hat natürlich praktische, nicht theoretische Bedeutung. Daraus ergiebt sich als derjenige Inhalt der Garantie, welcher unerläßlich ist, wenn die Garantie selbst nicht praktisch werthlos sein soll, dies, daß dem Erklärungsempfänger, der auf die angegebene Annahme hin thätig wird, dieses sein Vorgehen unnachtheilig sein muß; mit andern Worten, es soll ihm dadurch, daß er sich auf das Zustandekommen eines Vertrages verlassen und demgemäß gehandelt hat, kein Schaden erwachsen. Kurz, der Sinn der Garantie führt nicht weiter als auf das von Jhering sogenannte negative Vertragsinteresse; auf dieses führt er aber auch mit innerer Nothwendigkeit. Und wenn wir oben vorerst nur thatsächlich constatirten, daß überall, wo nach unserem Rechtsgefühl dem Erklärungsempfänger

ein Anspruch gebührt, auch nicht mehr res integra ist, so ist nun der Zusammenhang hievon mit dem diese Verhältnisse zu oberst normirenden Garantieprincip klar: wo noch keinerlei Schaden eingetreten, wo noch vollständig res integra ist, tritt die Garantie nicht in Wirksamkeit.

Von Scialoja ist (a. a. O. S. 22) gegen die Annahme einer Verpflichtung bloß auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses[32]) ausgeführt worden, dieselbe lasse sich nur halten, wenn zuvor bewiesen sei, daß die Verpflichtung zur Erfüllung bezw. zum Ersatz des Erfüllungsinteresses von dem innern Willen (von dem Wollen des Inhalts der Erklärung) abhänge; theoretisch sei die obligatorische Kraft des Vertrags aus dem Erklärungswillen ebenso leicht herzuleiten, als aus dem Wollen des Inhalts der Erklärung. Auf den letztern Punkt brauchen wir uns nicht einzulassen, weil wir uns auf den Boden des positiven Rechts stellen; da verhält sich aber die Sache so. Nach Bestimmung der Rechtsordnung verpflichtet zur Erfüllung nicht der innerliche Wille, sondern der Vertrag. Insofern kein Vertrag ohne Willensübereinstimmung zu Stande kommt, hängt allerdings die zur Erfüllung verpflichtende Wirkung ab von dem übereinstimmenden Wollen des Inhalts; insofern aber auch kein Vertrag ohne übereinstimmende Erklärung zu Stande kommt, kann man ebenso gut sagen, jene Wirkung hänge von der Erklärung ab. Es frägt sich also nur, ob ein Rechtssatz existirt, welcher einer übereinstimmenden Erklärung, die wegen Willensmangels kein Vertrag ist, dieselbe znr Erfüllung verpflichtende Wirkung beilegt wie dem Vertrag; wir verneinen dies und würden einen sol-

32) Der Ausdruck risarcimento dei danni kann möglicher Weise auf etwas Wenigeres gehen, nämlich auf das, was Mommsen dem in der Annahme des Zustandekommens eines Vertrags Getäuschten zubilligen will, vgl. weiter unten im Text.

chen Satz nicht einmal de lege ferenda für empfehlenswerth erachten, wie noch durch spätere Ausführungen begründet werden wird.

Für das negative Vertragsinteresse sprechen auch analoge Bestimmungen des römischen Rechts in andern Nichtigkeitsfällen. Wir halten den von Ihering (in diesen Jahrbb. 4 S. 17) unternommenen Nachweis, daß in l. 62 § 1 de contr. empt. (18,1) und in l. 8 l. 9 de her. vel act. vend. (18,4) das negative Vertragsinteresse gemeint sei, für gelungen[32a]). Die Stelle § 5 Inst. de empt. et vend. (3,23) ist allerdings nicht beweistüchtig, kann aber auch nicht zum Beweis des Gegentheils verwendet werden, da hier, wie in l. 4 de contr. empt., im Falle des Nichtwissens des Käufers Gültigkeit des Kaufs angenommen ist; darauf deuten insbesondere auch die Schlußworte idem iuris est et si hominem liberum pro servo emit[33]).

Wenn Regelsberger a. a. O. S. 416 Note 12 sagt, einige Stellen zeugen deutlich für das Erfüllungsinteresse, keine in gleich deutlicher Weise für das negative Vertragsinteresse, und dann als Stellen der ersten Kategorie anführt l. 4 l. 70 de contr. empt. (18,1) l. 39 § 3 de evict. (21,2), l. 4 quib. ad lib. (40,13), l. 25 C. de evict. (8, 44), l. 5 de her. v. act. vend. (18,4), so ist darauf Folgendes zu bemerken. Von diesen Stellen behandelt die letzte den Kauf einer nicht existirenden Forderung, die übrigen den Kauf eines Freien, welchen der Käufer für einen Sclaven hält. Die Römer nehmen aber

---

32a) Zustimmend auch Bechmann Kauf II S. 437, welcher freilich (Note 2 ib.) mit Recht bemerkt, daß die Worte quod interfuit emptoris ne deciperetur für sich allein nicht entscheidend seien.

33) Die Stelle scheint zunächst nach l. 62 § 1 de contr. empt. gearbeitet zu sein; die Worte deceptus a venditore sind eine falsche Auffassung des ganz objectiv gemeinten ne deciperetur.

in beiden Fällen[34]) einen gültigen Kauf an; ja die l. 4 und l. 70 de contr. empt. sprechen nur dies, die Gültigkeit des Kaufs aus und sagen über ein zu prästirendes Interesse gar nichts. Offenbar ist es nun nicht zulässig, aus Aussprüchen, die das Erfüllungsinteresse unter Annahme des Zustandekommens eines Vertrages zuerkennen, zu schließen, das römische Recht habe dasselbe Erfüllungsinteresse auch bei ungültigem Vertrag zugebilligt; zu diesem Resultat kann man nur gelangen, wenn man jene Geschäfte nicht nur selbst für nichtige hält, sondern überdies der Meinung ist, es bestehe zwischen den beiden Thatsachen, daß die römischen Juristen jene Geschäfte für gültig erklären und daß sie daraus das Erfüllungsinteresse prästiren lassen, kein Zusammenhang.

Daß das negative Vertragsinteresse unter Umständen auch lucrum cessans umfassen kann, ist schon von Jhering bemerkt worden (a. a. O. S. 20). Dasselbe gewährt also dem Erklärungsempfänger, wenn die Umstände danach angethan sind, mehr, als was er bekommt, wenn man ihn mit Fr. Mommsen (Haftung 2c. S. 79. 112) in der Weise entschädigen würde, wie nach römischem Rechte der Mandatar entschädigt wird, wenn derselbe thätig wird oder bleibt, nachdem das Mandat ohne sein Wissen erloschen oder zurückgezogen ist. Man hat diesen Ausweg Mommsen's mit Recht verworfen, aber man hat diese Verwerfung, so viel ich sehe, nicht genügend begründet. Der Grund, weshalb beide Fälle nicht gleich behandelt werden dürfen, liegt in Folgendem. Der Mandatar hat sich zu unentgeltlicher Geschäftsbesorgung verpflichtet, die ihm keinerlei Gewinn bringen soll. Dadurch ist es gerechtfertigt, daß ihm nur der positive Schaden und

---

34) In dem zweiten wenigstens plerique (l. 70 cit.) und jedenfalls alle die, welche Erfüllungsinteresse statuirten.

seine Auslagen vergütet werden. Bei dem in Rede stehenden Contrahenten liegt das aber nicht vor, und darum ist es innerlich nicht gerechtfertigt, ihn ebenso zu behandeln, wie einen Mandatar.

Billigt man nun dem Erklärungsempfänger nicht einen Anspruch auf Erfüllung nach dem von ihm correct angenommenen objectiven Sinne der Erklärung, bezw. auf das Erfüllungsinteresse, sondern nur auf das negative Vertragsinteresse zu, so wird allerdings ein Erfolg statuirt, der von keiner der beiden Parteien gewollt ist. Daran könnte aber nur der sich stoßen, der alle und jede Rechtswirkung im Verkehr als eine Wirkung des Individualwillens auffassen zu müssen glaubt. Ihm würden wir den Ausspruch des Pomponius entgegen halten (l. 13 § 2 comm. 13,6): plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur.

Für die Frage, ob das Erfüllungsinteresse oder nur das negative Vertragsinteresse beansprucht werden könne, ist von größtem Belang auch die Intensität der Haftung des Erklärenden, da gegen diesen der Anspruch sich richtet. Haftet derselbe nur für dolus und lata culpa, wie z. B. Windscheid lehrt, so läßt sich die Ansicht, er sei zur Erfüllung bezw. zur Leistung des Erfüllungsinteresses verpflichtet, wenigstens nicht als zu hart bezeichnen, mag man immerhin die Quellenmäßigkeit und das innere Begründetsein derselben bezweifeln. Begnügt sich das Recht mit geringerer Fahrlässigkeit oder sieht es von solcher ganz ab, so erscheint es als zuweitgehend, schlechtweg die Verbindlichkeit zur Erfüllung aufzulegen[35]). Was nun in dieser Be-

---

35) Dies ist denn auch der Grund, der Regelsberger (a. a. O. S. 416 bei Note 13) bestimmt hat, sich ungeachtet seiner angegebenen An-

ziehung als dem in Rede stehenden Verhältnisse entsprechend anzusehen sei — denn auch hier lassen die Quellen uns im Stich — ist im folgenden Abschnitt darzulegen.

VIII.

Hat der Anspruch des Erklärungsempfängers seinen Grund darin, daß derselbe, wenn er bei Beurtheilung der Erklärung mit gehöriger Sorgfalt verfährt, einen bestimmten Inhalt als gewollt ansehen und danach handeln darf, so läßt sich das Erforderniß einer culpa des Erklärenden nicht begründen. Es ist eine nothwendige Consequenz des Garantieprincips, daß es für das Eintreten des Anspruchs aus der Garantie lediglich auf das correcte Verhalten dessen ankommt, welchem Garantie geleistet ist. Nur auf Grund eines positiven Rechtssatzes könnte man zu dem Erforderniß irgend welcher culpa des Erklärenden kommen. Ein specieller Rechtssatz dieses Inhaltes existirt nicht; es müßte das Erforderniß also in einem allgemeineren Rechtssatze begründet sein, daß Niemand, abgesehen von dem Falle eines besonderen hierauf gerichteten Versprechens, zum Ersatze eines Schadens verpflichtet werde, dem nicht wenigstens levis culpa zur Last falle. Daß aber ein solcher Satz dem römischen Recht unbekannt ist, wird sich weiter unten zeigen.

Der Erklärende haftet also ohne irgend welche culpa, auf Grund dessen, daß er die Erklärung und damit den Scha-

---

sicht über die Stellung der Quellen zu dieser Frage für das negative Vertragsinteresse zu entscheiden. Wir haben die Beschränkung der Verpflichtung des Erklärenden auf dieses Minus — es ist jedenfalls in den meisten Fällen ein Minus im Vergleich zu dem Erfüllungsinteresse — selbständig zu begründen versucht, könnten also im Folgenden den geringeren Umfang der Haftung als Argument für die stärkere Intensität derselben benützen; wir wollen aber lieber darauf verzichten und auch diesen Punkt für sich zu erledigen versuchen.

den verursacht hat[36]). Verursacht aber muß er die Erklärung haben; derjenige, dessen Namen von einem Fälscher unter einen Vertragsentwurf gesetzt ist, haftet der andern Partei niemals, auch wenn diese nach Lage der Umstände in der Annahme der Echtheit der Unterschrift vollständig correct verfuhr.

Läßt es sich auf der Grundlage, auf der wir stehen, juristisch nicht rechtfertigen, eine culpa des Erklärenden zu fordern, so ist anderseits positiv zu sagen, daß den Interessen des Verkehrs vollkommen nur dann Genüge geschieht, wenn der Erklärungsempfänger auch abgesehen von einer culpa des Erklärenden geschützt wird. Um sich hiervon zu überzeugen, braucht man sich nur zu vergegenwärtigen, wie sehr Ihering in seiner mehrerwähnten und gewiß sehr verdienstvollen Abhandlung den Culpa-Begriff überspannen muß, um auf Grund seiner culpa in contrahendo zu befriedigenden praktischen Ergebnissen bei Entscheidung einzelner Fälle zu gelangen. Auch ist es sicherlich die Überzeugung von der Unzulänglichkeit des Verschuldungsstandpunktes gewesen, welche die Theorie von einem stillschweigenden Garantievertrag ins Leben gerufen hat.

Schon von Fr. Mommsen (Haftung S. 117 f.) ist darauf hingewiesen worden, daß das römische Recht, wo dasselbe Haftungen im Interesse der Verkehrssicherheit statuirt, lediglich das correcte Verhalten dessen, zu dessen Gunsten die Haftung statuirt wird, maßgebend sein läßt und von einem Verschulden des andern Contrahenten gänzlich absieht. Der Principal haftet aus den Geschäften des Institor auch dann, wenn er z. B. in vollständig genügender Weise bekannt

---

36) So auch Regelsberger a. a. O. S. 415 Z. 3; Burckhardt a. a. O. S. 85/86. Auch Windscheid läßt in den Fällen, wo er einen stillschweigenden Garantievertrag annimmt (Pand. § 307. 309), consequent den Urheber der Erklärung als solchen haften.

gemacht hatte, daß der praepositus zum Contrahiren nicht ermächtigt sei, die betreffende Bekanntmachung aber durch Zufall beseitigt oder aus Bosheit von einem Dritten entfernt wurde, vgl. l. 11 § 4 de inst. (14,3): und hier gilt es sogar Erfüllung, resp. Prästation des Erfüllungsinteresses!

Ebendahin gehört, daß in Bezug auf die Weiterhaftung des Mandanten gegenüber dem Mandatar nach dem Widerruf des Mandats es lediglich auf das correcte Verhalten des Mandatars ankommt. Wenn der Mandant beim Widerruf auch vollständig tadelfrei verfahren ist, wenn er seine Maßregeln so getroffen hat, daß der Widerruf den Mandatar noch erreichen mußte, bevor er das entscheidende Geschäft vornahm, und lediglich ein nicht vorherzusehender Zufall es hinderte, daß der Widerruf den Mandatar rechtzeitig erreichte: so haftet der Mandant gleichwohl, und zwar lediglich deshalb ne damno adficiatur is qui suscepit mandatum (Paulus in l. 15 mand. 17,1). Es ist billig, den Mandatar schadlos zu stellen, und das geschieht auf Kosten des Mandanten so lange, als dem Mandatar kein Verschulden zur Last fällt.

Auch die Bestimmungen des Aedilen-Edicts über die Haftung des Verkäufers für Mängel sehen ja völlig davon ab, daß dem Verkäufer der Mangel bekannt war, oder ohne sein Verschulden nicht unbekannt bleiben konnte, und verlangen bloß Unbekanntschaft beim Käufer[37]), und zwar wieder aus dem Grund, weil es gilt, die Interessen des Käufers zu wahren, für welche es einerlei ist, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate (l. 1 § 2 de aedil. ed. 21,1). Freilich wird hier noch ein anderer Gesichtspunkt hereingezogen: dem

37) Für diesen Fall paßt der abgerissene Satz ignorantia emptori prodest quae non in supinum hominem cadit, welcher in l. 15 § 1 de contr. empt. steht, vollkommen. Daß er sich wirklich darauf bezog, kann wenigstens nicht als unmöglich bezeichnet werden.

Verkäufer kann immerhin noch eher zugemuthet werden, die mangelhafte Beschaffenheit der Kaufsache zu kennen, als dem Käufer; nur in diesem relativen Sinne wird man die Worte potuit ea nota habere venditor in l. 1 § 2 cit. zu verstehen haben[38]).

Es kann aber der in Rede stehende Satz, daß es auf culpa des Erklärenden nicht ankommt, noch durch eine allgemeinere Erwägung, die sich ebenfalls auf römische Rechtssätze berufen kann, gerechtfertigt werden. Wenn ein Schaden entstanden ist und von einer von zwei Personen getragen werden muß, von denen keine sich in culpa befindet, so kann bei der Abwägung schließlich nur noch das Moment den Ausschlag geben, daß darauf gesehen wird, wer den Schaden verursacht hat; es wird wohl keinen andern Ausweg geben. Und wenn wir nun finden, daß das römische Recht in verschiedenen Fällen solcher Art in der That den Ersatz des Schadens nach diesem Gesichtspunkt auflegt, so werden wir uns auch nicht veranlaßt sehen, zur Begründung unseres Satzes mit Regelsberger (a. a. O. S. 414) auf das deutsche Recht zu recurriren. Bei Betrachtung der römischen Quellenstellen dürfen wir uns nur dadurch nicht beirren lassen, daß die römischen Juristen zur Begründung der Entscheidung manchmal den Gesichtspunkt der culpa hereinziehen; wir sind vollständig berechtigt, den Fall, wie er uns vorgelegt ist, in dieser Beziehung frei zu beurtheilen, d. h. darauf hin anzusehen, ob in dem Thatbestand wirklich eine culpa stecke.

So wird in l. 62 (61) § 5 de furt. (47,2) der Mandant, der Deponent für den Schaden verantwortlich gemacht, den der ex mandatu gekaufte, der deponirte Sclave dem Mandatar, dem Depositar durch Stehlen zugefügt hat, auch wenn jene von

38) Anders Mommsen Haftung S. 14.

diebischen Disposition des Sclaven nichts wußten und nichts zu wissen brauchten. Man ist jetzt wohl allgemein darüber einverstanden (vgl. Hartmann S. 16 f., Mommsen cit. S. 14 u. Note 3 daselbst, Scialoja cit. S. 19), daß die Begründung am Schlusse der Stelle: nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum qualem servum deponeret nicht zutreffend ist. Der wahre und vollständig zureichende Grund ist angegeben in den Worten: iustissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset; d. h. er sagt zum Mandanten: ich bin ohne Schuld; Veranlassung aber zum Schaden ist dein Mandat.

In l. 62 § 1 de contr. empt. (18,1) ist mit keinem Worte davon die Rede, daß dem Verkäufer die Qualität des verkauften Grundstücks als locus sacer oder religiosus bekannt war oder hätte bekannt sein sollen — auch in den Worten ne deciperetur (sc. emptor) liegt nichts dergleichen (vgl. Jhering a. a. O. S. 11) — sondern nur davon, daß dies dem Käufer unbekannt war.

Auch ex lege Aquilia kann Jemand unter Umständen zu haften haben, obgleich ihn in Wahrheit kein Verschulden trifft: vgl. meine Abhandlung in diesen Jahrbb. Bd. 24 S. 484 f.

Wie übrigens im Falle verborgenen Dissenses es der Haftung ohne culpa entspricht, daß nur auf das negative Vertragsinteresse gehaftet wird, so ist es auch in der Mehrzahl der angeführten anderen Fälle von Haftung ohne culpa. So in dem Falle der l. 62 § 1 de contr. empt.; dann im Falle der l. 62 § 5 de furtis, wo der Sache nach der Mandatar, der Depositar in die Lage versetzt werden sollen, in welcher sie wären, wenn sie sich auf das Mandat, auf das Depositum

gar nicht eingelassen hätten. Und wenn Julian den Sinn und Zweck der actio redhibitoria mit einer restitutio in integrum vergleicht (l. 23 § 7 de aed. ed. 21,1), so können wir auch bezüglich unserer Dissensfälle sagen: wie die Garantie in Kraft trete, wenn nicht mehr res integra ist, so bezwecke der durch sie ins Leben gerufene Anspruch, der in ihrer Erwartung getäuschten Partei das zu verschaffen, was sie haben würde, wenn noch res integra wäre [39]).

Es ist nun noch ein Punkt zu erledigen. Wenn in der Person des Erklärenden eine culpa nicht vorausgesetzt wird, derselbe auch nicht aus Vertrag haftet, sondern lediglich auf Grund des tadelfreien Verhaltens des Empfängers der Erklärung in Verbindung mit der Thatsache, daß dieser in der Annahme, es sei ein Vertrag zu Stande gekommen, in irgend einer Weise thätig geworden ist, so daß nicht mehr res integra ist: so könnte es scheinen, daß, da diese Haftung gewissermaßen ex re venit, auch ein Handlungsunfähiger derselben unterworfen werden könnte. Regelsberger (a. a. O. S. 415 Nr. 4) lehnt dieses Ergebniß aus folgendem Grunde ab: „das Gesetz, welches die Verpflichtungsunfähigen gegen die rechtlichen Folgen eines im übrigen fehlerfreien Vertragsschlusses in Schutz nimmt, würde mit sich selbst in Widerspruch treten, wenn es einem fehlerhaften Vertragsschluß für den Verpflichtungsfähigen verbindliche Wirkung beilegte." Diese Argumentation, so bündig sie auch zu sein scheint, kann doch nicht für durchschlagend erachtet werden, weil ja dem fehlerhaften Vertragsschluß für sich allein, ohne Hinzukommen eines weiteren Momentes, eine verpflichtende Wirkung gar nicht beigelegt

39) Die Uebereinstimmung des Erfolgs der a. redhibitoria mit der Prästation des negativen Vertragsinteresses ist schon von Ihering a. a. O. S. 17 bemerkt worden. Nicht richtig dagegen ist, daß die a. quanti minoris auf das positive Vertragsinteresse gerichtet sei.

wird. Die Frage ist vielmehr dadurch zu lösen, daß auf den Sinn der von der Rechtsordnung übernommenen Garantie genau geachtet wird. Die Rechtsordnung sagt dem Erklärungsempfänger nur: Du darfst, wenn sich bei Anwendung gehöriger Sorgfalt kein Bedenken findet, Dich darauf verlassen, daß der von Dir vernommenen Erklärung der Wille, den ihr Inhalt ausdrückt, entspreche; sie sagt aber nicht: Du darfst dich auch darauf verlassen, daß dieser Wille ein rechtsgiltiger Wille ist. Die Garantie beschränkt sich also auf die Fälle verborgenen Dissenses, wo es lediglich in diesem, in dem Nichtzusammentreffen der beiderseitigen Willen, begründet ist, daß kein Vertrag zu Stande kam; gegen andere Ungültigkeitsgründe soll sie den Contrahenten nicht sicherstellen.

IX.

Wir haben uns im Vorstehenden bemüht, in Bezug auf Voraussetzungen, Grund und Umfang der Verpflichtung, welche bei dem Nichtzustandekommen eines obligatorischen Vertrages wegen beim Abschluß verborgen gebliebenen Dissenses für die eine der contrahirenden Parteien entstehen kann, zu möglichst klaren und bestimmten Regeln zu gelangen. Die den Verkehr beherrschende bona fides haben wir dabei nicht außer Augen gelassen; im Gegentheil, ein fundamentales Postulat der Verkehrs-bona-fides ist für unsre ganze Betrachtung das leitende Princip geworden, und wir dürfen wohl sagen, die von uns gewonnenen Sätze seien im Grunde nichts anderes als explicirte bona fides, explicirt in Anwendung auf das besondere hier in Rede stehende Verhältniß. Eine steife Schablone stellen wir gleichwohl nicht auf; unsre Regeln schließen die individuellste Würdigung des concreten Falles, die Anlegung des Maßstabes eines Mustercontrahenten (Hartmann S. 76, 77), nicht aus, sondern vielmehr sie fordern sie (vgl. oben S. 476);

aber sie fordern sie nicht, um die Frage zu entscheiden, ob ein Vertrag zu Stande gekommen sei, sondern um zu entscheiden, ob und in welchem Umfange trotz Nichtzustandekommen des Vertrags eine Verpflichtung existent geworden sei. Wir können nun aber bei einer Rechtsmaterie, deren wissenschaftliche Erörterung durch das Verkehrsbedürfniß und durch die Anregung aus der Praxis in Fluß gekommen ist, uns der Aufgabe nicht entziehen, noch speciell darzuthun, daß unsere Lehre den praktischen Anforderungen, die hier gestellt werden können und gestellt werden müssen, zu genügen durchaus im Stande ist. Wir wollen dies zunächst hinsichtlich der Frage, ob eine Verpflichtung zu statuiren sei oder nicht, an einzelnen in der einschlägigen Literatur zur Sprache gekommenen Fällen erhärten.

„In einer Apotheke wird mit unzweideutigen mündlichen Worten ein erst noch anzufertigendes Medicament bestellt. Als nach einiger Zeit dem wartenden Käufer das inzwischen bereitete Arzneimittel gereicht wird, erklärt derselbe beim Anblick der Signatur befremdet, daß ihm etwas ganz Anderes geliefert werde, als er nach erweislichem ärztlichem Rath fordern sollte und als er danach auch unzweifelhaft wirklich gefordert habe. Es war hier die Thatsache des bloßen Fehlgreifens im Wort den sämmtlichen Augenzeugen evident und auch vom Verkäufer selbst anerkannt.“ (Hartmann S. 1 fg.). In diesem Falle sagen wir zwar nicht — so formulirt Hartmann S. 2 die bisher herrschende Ansicht —: eine Willenserklärung ist ohne alle rechtlichen Folgen, wenn das in derselben als gewollt Bezeichnete von dem Erklärenden nicht wirklich gewollt ist. Aber wir sagen zunächst ohne alles Bedenken: ein Vertrag ist hier nicht zu Stande gekommen. Des Weiteren unterscheiden wir gerade so wie Hartmann (S. 2 fg.): ob es sich um ein Medicament handelt, welches seiner Mischung nach längere Zeit ungeschwächte Wirksamkeit bewahrt und im

ordentlichen Laufe der Dinge häufiger gefordert wird, oder um ein solches von minderer Haltbarkeit und seltener Nachfrage. Aber wir unterscheiden so nicht um zu finden, ob ein Zurückgehen auf die Divergenz zwischen Wille und Erklärung zulässig sei oder nicht, sondern weil in dem einen Falle, trotzdem das Medicament angefertigt worden, doch noch res integra ist, im andern Falle aber nicht. Steht sodann fest, daß nicht mehr res integra ist, so prüfen wir endlich noch, ob der Apotheker, der Empfänger der Erklärung, durchweg tadelfrei vorgegangen ist. Diese Frage hat Hartmann stillschweigend bejaht, weil die Bestellung mit unzweideutigen Worten erfolgt war. Es wäre immerhin möglich, daß auch bei unzweideutigen Worten für den Apotheker eine Erkundigungspflicht in den Umständen begründet sein, und folglich die Unterlassung entsprechender Befragung als incorrectes Verfahren sich darstellen könnte, z. B. dann, wenn die Quantität des verlangten Medicaments eine auffallend bedeutende wäre. Ist aber der Apotheker tadelfrei verfahren, so hat er, sobald nicht mehr res integra ist, einen Anspruch, auf dessen Inhalt, hinsichtlich seiner praktischen Brauchbarkeit, hier noch nicht weiter eingegangen werden soll.

Betrachten wir ferner den Fall, den Jhering zum Ausgangspunkt seiner Erörterungen gemacht hat (Bd. 4 S. 6 dieser Jahrbb.). „Das Haus X in Köln beauftragt das Bankhaus Z in Frankfurt durch telegraphische Depesche, auf seine Rechnung einen namhaften Betrag gewisser Staatspapiere zu verkaufen; durch irgend ein bei der Beförderung der Depesche vorgekommenes Versehen bleibt das „ver" in „verkaufen" aus, die Depesche wird in dieser Fassung dem Mandatar zugestellt und von ihm ausgeführt. Da die Papiere gleich darauf eine beträchtliche Cursveränderung erfuhren, so war die Differenz eine sehr beträchtliche, sie betrug in die 30000 fl."

Hier kommt es, da zweifellos nicht mehr res integra ist, darauf an, ob das Frankfurter Bankhaus correct handelte oder nicht. Dies wird zu bejahen und damit demselben ein Anspruch zuzuerkennen sein, ohne daß ein Verschulden des Kölner Hauses in Betracht käme, welches in der That auch nicht vorliegt.

Ebenso muß in dem oben erwähnten Bürgschaftsfalle das Verfahren des Empfängers der Bürgschaftsurkunde als tadelfrei anerkannt und ihm demgemäß gegen den unterschreibenden Bürgen ein Anspruch zuerkannt werden, sobald nicht mehr res integra ist.

In dem von Hartmann (S. 66) aus der Praxis des Civilgerichts zu Basel angeführten Falle, wo ein Antwerpener Haus einem Baseler Haus 50 Fässer Petroleum, November-Expedition, das Faß zu 75 Frcs. offerirt hat und diese Offerte acceptirt worden ist in der Meinung, „November-Expedition" bedeute, daß das Gut im November in Antwerpen zur Abfertigung bereit liege, während das Antwerpener Haus damit den im Petroleumhandel üblichen Sinn verband, daß das Oel im November gewonnen und von Amerika aus expedirt wird, wird es zunächst darauf ankommen, ob die Lieferungszeit hier als wesentlicher Punkt anzusehen war. Das ist quaestio facti. Bejahenden Falles war ein Vertrag nicht zu Stande gekommen. War nun nicht mehr res integra, was aus der Mittheilung des Falles nicht zu ersehen ist, so kommt es für die Frage, ob dem Antwerpener Haus ein Anspruch zusteht, lediglich darauf an, ob dasselbe bei Empfang der Acceptationserklärung correct verfahren ist; das ist zu bejahen, weil es unterstellen durfte, daß das Baseler Haus den Ausdruck „Expedition" als technischen kennen und die Offerte in diesem Sinne verstehen werde. Die Verurtheilung des Basler Hauses durfte dann freilich genau genommen nicht moti-

virt werden damit, daß dasselbe den Ausdruck hätte kennen sollen, wodurch eine culpa des Erklärenden (Acceptirenden)] substanzirt wird, sondern damit, daß das Antwerpener Haus Kenntniß dieses Ausdrucks und seines Sinnes bei dem Basler Haus voraussetzen durfte.

In dem oben schon (S. 445 f.) gelegentlich erwähnten Falle der Vermiethung einer „links von der Hausthür" gelegenen Wohnung entscheidet Hartmann (S. 35) ohne nähere Begründung: es treffe hierher zu der Ausspruch des Pomponius daß nihil valet quod acti sit, weil error aliquis intervenit. Auch wir gelangen hier zur Verneinung eines Anspruchs. Es ist möglich, daß für den Miether nicht mehr res integra ist, weil derselbe in der Meinung, einen giltigen Miethvertrag eingegangen zu haben, den Ziehtag herankommen ließ, und nun, eine passende Wohnung nicht sogleich findend, in den Gasthof ziehen muß, da die von ihm aufgekündigte Wohnung inzwischen auch vermiethet worden ist und bezogen wird. Da fragen wir denn, ob er bei Acceptation der Offerte correct verfahren ist und werden es verneinen müssen, da er bei einiger Ueberlegung das Zweideutige derselben[40]) erkennen und dann sich erkundigen mußte. Aber auch für den Vermiether kann sich die Sachlage zum Nachtheil verändert haben, weil er die von ihm für vermiethet gehaltene Wohnung jetzt nicht mehr vermiethen kann; auch ihm wird wegen gleichen incorrecten Verhaltens kein Anspruch zuzuerkennen sein. Anders dagegen wiederum in dem von Hartmann S. 36 gestellten Miethfall. In einer süddeutschen Stadt, wo man das Erdgeschoß allgemein als „ersten Stock" bezeichnet, wird im Anzeigeblatt

40) Daher ist in dem Kaufe C. I. III, 944 (Bruns fontes p. 207 sq.) die verkaufte rechte Hälfte des Hauses bezeichnet als pars intrantibus dextra; ähnlich in andern Urkunden.

der erste Stock eines Hauses zur Miethe angeboten; ein Norddeutscher, in dessen Wohnort unter „erster Stock" die eine Treppe hoch belegene Wohnung verstanden wird, miethet den ersten Stock, indem er damit den zuletzt erwähnten Sinn verbindet. Wir stimmen mit Hartmann darin überein, daß dem Vermiether ein Anspruch zusteht, wenn für ihn nicht mehr res integra ist. Hartmann begründet dies so: es müsse nach dem Gebote der guten Treue durchschlagend sein der objective Sinn, welcher nach dem Sprachgebrauch am Orte des belegenen Hauses und der erfolgten Ankündigung der allgemein geltende ist; und zwar ist die Meinung die, daß nun ein Miethvertrag in diesem Sinne zu Stande gekommen sei (vgl. S. 52 ib.). Wir dagegen leugnen das Zustandekommen eines Miethvertrags und motiviren das Entstehen einer Verpflichtung des vermeintlichen Miethers in folgender Weise. Der in Rede stehende Vermiether konnte den „ersten Stock" in dem Blatte natürlich nur in dem Sinne offeriren, in welchem derselbe in dem Kreise verstanden wird, für den die Annonce berechnet ist. Wird diese Offerte von auswärts her ohne weitere Nachfrage acceptirt, so darf der Vermiether, wenn ihm nicht zufällig bekannt ist, daß an dem andern Orte derselbe Ausdruck in anderem Sinne gebräuchlich ist, in durchaus correcter Weise unterstellen, es sei acceptirt in dem Sinne wie offerirt.

Die angegebenen Beispiele werden genügen, um zu erhärten, daß mittelst der von uns gewonnenen Sätze die Frage, ob eine Verpflichtung zu statuiren sei, sicher und sachgemäß erledigt werden kann. Es wird aber gegenüber denen, die die herrschende Meinung insofern verlassen, als sie unter Umständen der einen Partei das negative Vertragsinteresse zubilligen, weiter eingewendet, daß dieses dem in der Annahme eines Vertrags Getäuschten nicht genug gewähre, und ferner, daß

es ein zu wenig praktikabler Begriff sei (Bähr in diesen Jahrbb. Bd. 14 S. 422).

Die erste dieser Bemängelungen können wir schon deshalb nicht für zutreffend halten, weil das negative Vertragsinteresse nicht nur positiven Schaden (damnum), sondern auch entgangenen Gewinn umfaßt und deswegen unter Umständen sogar höher sich belaufen kann, als das Erfüllungsinteresse (vgl. oben S. 483). Freilich umfaßt es niemals den Gewinn, den man gemacht hätte, wenn der Vertrag so, wie von dieser Seite angenommen war, zu Stande gekommen wäre; aber es giebt eben auch keine rechtlich geschützte Aussicht und Anwartschaft, ein „Geschäft zu machen", außer in dem Fall eines pactum de contrahendo.

Umgekehrt wird man der Ansicht, welche auf Grund eines zugestandenermaßen (Bähr) oder thatsächlich (Hartmann) fingirten Vertrags Erfüllungsverbindlichkeit bezw. Verpflichtung auf das Erfüllungsinteresse statuirt, vorzuwerfen haben, daß sie unter Umständen viel zu viel gewährt und dem sich Täuschenden auf Kosten des anderen Theils einen Vortheil verschafft, den ihm zuzuerkennen selbst in der weitgehendsten Billigkeit nicht begründet ist. Exemplificiren wir auf einen concreten Fall, den Bähr anführt, um die Inpraktikabilität des negativen Vertragsinteresses darzuthun. Ein Theaterdirector hat eine Engagementsofferte für eine Sängerin auf 10 Jahre an eine falsche Adresse geschickt, oder er hat sich in der Summe verschrieben; das eine wie das andere ist in einer Weise geschehen, daß der Empfängerin daraus, daß sie das Versehen nicht erkannte und also ohne Weiteres acceptirte, ein Vorwurf nicht gemacht werden kann. Muß hier der Offerent einfach den Vertrag halten, so kann dies für ihn sehr nachtheilig sein, während für die andre Partei das Versehen des Erklärenden sich als ein reiner Glücksfall darstellt; unmöglich

kann eine solche Regelung als eine der aequitas entsprechende bezeichnet werden[41]). Es wird aber ein Richter, der auf dem Standpunkt der Gegner steht, nicht selten sich der — in der That trostlosen — Alternative gegenüber gestellt finden, entweder der einen Partei den Schaden, den sie wirklich und ohne eignes Verschulden erlitten hat, unersetzt zu lassen, oder ihr einen ungerechtfertigten Gewinn auf Kosten der anderen zuzusprechen; denn auf diesem Standpunkt giebt es ja zwischen Erfüllung bezw. Erfüllungsinteresse und Nichts kein Drittes.

Dies hat denn auch Bähr wohl gefühlt; er will daher (a. a. O. S. 424) noch „aus Billigkeitsrücksicht dem gegen seinen wahren Willen aus einem solchen Verhältnisse Haftbaren eine Einrede oder Klage insoweit, als er eine positive Bereicherung des Gegners nachzuweisen vermag", zugestehen. Aber wie soll es zugehen, Jemandem das, was er auf Grund eines giltig zu Stande gekommenen onerosen Vertrages zu fordern hat, theilweise vorzuenthalten resp. wieder abzufordern unter dem Prätext, er sei positiv bereichert? Uebrigens wird diese „positive Bereicherung" von Bähr nicht definirt, sondern nur durch eine Analogie erläutert. Bähr verweist auf den Miether, der auf den Miethpreis für eine von ihm nicht benützte Sache belangt wird und nun die Einrede entgegensetzen kann, daß der Kläger die Sache anderweit vermiethet habe. Diese angebliche Analogie scheint aber nicht weit zu führen, denn in diesem Falle gründet sich der Beklagte in Wahrheit nicht darauf, daß der Kläger sich bereichern würde, sondern darauf, daß derselbe das uti licere nicht mehr prästirt habe.

Das negative Vertragsinteresse bewährt sich als das Sachgemäße namentlich auch da, wo es sich um Freigebigkeits-

41) Vgl. Demelius a. a. O. S. 322 Note 8.

verfügungen inter vivos handelt. Hartmann statuirt für diesen Fall wieder eine Ausnahme. Das ist ganz befriedigend insofern, als der Beschenkte, d. h. derjenige, der sich auf das Zustandekommen der Schenkung verlassen hat und verlassen durfte, weder Erfüllung noch Erfüllungsinteresse verlangen kann. Es ist aber insofern nicht befriedigend, als derselbe nun unter allen Umständen nichts bekommt, während er doch allerdings in Folge dessen, daß er eine giltige Schenkung als zu Stande gekommen annahm, in Schaden gerathen sein kann, weil er z. B. in Folge dessen Verträge geschlossen hat, die er erfüllen muß, ohne von der vertragsmäßigen Gegenleistung Gebrauch machen zu können. Von unserem Standpunkte bedürfen wir keiner Ausnahme, um Erfüllung und Erfüllungsinteresse abzulehnen, welche wir selbst im Falle einer absichtlichen Täuschung des Schenknehmers nicht für gerechtfertigt erachten könnten; andererseits aber können wir dem Schenknehmer, wenn er tadelfrei sich verhalten hat und wirklich Schaden erleiden würde, wenn es bei dem nihil valet quod actum est verbliebe, gerecht werden.

Wird in den uns beschäftigenden Fällen das Zustandekommen eines Vertrages angenommen, so ist schlechterdings keine Möglichkeit gegeben, unter Umständen auf das Minus des negativen Vertragsinteresses zu erkennen. Dagegen vom Standpunkte des negativen Vertragsinteresses aus ist es keineswegs ausgeschlossen, zu einer Entschädigung zu gelangen, welche dem Erfüllungsinteresse gleichkommt; dieser Standpunkt bietet also in höherem Grade die Möglichkeit, in der Ausmessung der aufzuerlegenden Verpflichtung der concreten Sachlage gerecht zu werden. Es coincidirt aber das negative Vertragsinteresse mit dem Erfüllungsinteresse in folgenden Fällen.

Wie schon bemerkt wurde, kann das erste sich höher

belaufen als das zweite. Dann bildet das Erfüllungsinteresse die obere Grenze, bis zu welcher das negative Vertragsinteresse zu prästiren ist. Derjenige, der sich auf das Zustandekommen eines Vertrags verlassen hat und darauf hin thätig geworden ist, kann nicht mehr verlangen, als ebenso behandelt zu werden, wie wenn der betreffende Vertrag wirklich zu Stande gekommen wäre. Selbstverständlich wird der Erklärende, der im Allgemeinen auf das negative Erfüllungsinteresse haftet, in solchem Falle auch Erfüllung anbieten und die Gegenleistung dafür verlangen können. Nur in dem Falle des dolus wird es auch hier bei dem negativen Vertragsinteresse zu verbleiben haben. Der dolos Erklärende wollte ja, daß kein Vertrag zu Stande komme, und wenn er nun bei einem recht hohen negativen Vertragsinteresse behaftet bleibt, so geschieht ihm insoweit nur nach seinem Willen.

Viel häufiger und für den Verkehr wichtiger sind diejenigen Fälle, wo das negative Vertragsinteresse dem Erfüllungsinteresse nicht durch Reduction gleich wird, sondern demselben von Hause aus gleich ist. Liegt die Sache so, daß die eine der beiden Parteien ohne das Dazwischentreten des wegen Dissens ungiltigen Vertrages anderweitig über das Object desselben einen gleichen Vertrag abgeschlossen und Erfüllung erhalten hätte, so besteht das negative Vertragsinteresse eben in der entgangenen anderweitigen Erfüllung [42]). So steht es z. B. in dem Falle, wo der Vermiether einer Wohnung in dem Glauben, daß ein giltiger Miethsvertrag zu Stande gekommen sei, andere gleichwerthige Anträge zahlungsfähiger Miether zurückgewiesen hat.

Ganz besonders häufig wird solcher Sachverhalt vorliegen, wenn mit Kaufleuten über currente Artikel contrahirt worden

---

42) Vgl. Mitteis Stellvertretung S. 171.

ist. Wird in dem Falle No. 38 der Ihering'schen Rechtsfälle [43]) angenommen, die Cigarren seien in dem Augenblick, als das zum Dissens führende Mißverständniß endeckt wurde, aufgeraucht gewesen, so kann gar kein Zweifel sein, daß, wenn der Empfänger der Cigarren auch nur zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses verpflichtet erachtet wird, der Betrag dieses dem der Erfüllung völlig gleichsteht. Denn der Verkäufer würde, wenn er das Zustandekommen des Vertrags nicht angenommen, also auch darauf hin nicht die Cigarren geliefert hätte, dieselben zum gleichen festen Preise, also mit demselben Gewinne anderweitig verkauft haben. Dafür wird man verständiger Weise gar keinen Beweis von ihm verlangen — doch darüber unten bei Erörterung der Praktikabilität noch mehr. Andrerseits, wenn die Cigarren zwar geliefert, aber noch vorhanden sind, ist — wenn der Käufer überhaupt nach den Grundsätzen der guten Treue als verpflichtet erscheint, was uns nicht zweifelhaft ist — nicht abzusehen, inwiefern den Interessen des Verkäufers nur durch Erfüllung genügt werden könne und nicht vielmehr schon dadurch, daß er seine Waare kostenfrei zurückerhält; denn die Möglichkeit, diese Waare jederzeit zu dem gleichen Preise verkaufen zu können, darf der Verkäufer, wie sich nach evidentester Aequitas von selbst versteht, nicht blos für sich geltend machen, wenn die Cigarren geraucht sind, um so Erfüllung beanspruchen zu können, sondern er muß sie auch gegen sich gelten lassen, wenn sie noch vorhanden sind. Es zeigt sich in solchem Falle doch ganz klar, daß die Lehre Bährs: entweder Erfüllung oder nichts, unter

43) Ein Pfarrer in Jütland bestellte bei einem Hamburger Kaufmann 5000 Stück Cigarren, „das Stück zu einem Schilling", wie ihm solche von dem Sohne des Kaufmanns offerirt waren. Er denkt an dänische Schillinge, während der Preis in Hamburger Schillingen angesetzt war.

Umständen zu ganz unbilligen Resultaten führen kann, weil sie eben eine starre Schablone aufstellt.

Ist der Käufer selbst Kaufmann, so wird dieselbe Sachlage, wie in dem soeben erwähnten Falle durch Verbrauch der Waare, durch Verkauf derselben herbeigeführt werden. Daraus erhellt, daß im kaufmännischen Verkehr, wo es sich um marktgängige Waaren handelt, die concrete Sachlage ganz gewöhnlich eine derartige ist, daß negatives und positives Vertragsinteresse sich decken, und so erklärt es sich, daß in diesem Verkehr am meisten die Neigung sich geltend macht, die betreffenden Geschäfte einfach als giltig zu behandeln. Diese durchschnittliche Coincidenz von negativem Vertragsinteresse und Erfüllungsinteresse würde es legislativ wohl rechtfertigen, im kaufmännischen Verkehr dem Kaufmann, welcher in der Annahme eines zu Stande gekommenen Verkaufes getäuscht ist, unter den festgestellten Voraussetzungen einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse unbesehen zuzubilligen, d. h. nicht blos dann, wenn er die Coincidenz desselben mit dem negativen Vertragsinteresse nachweist, sondern schon dann, wenn er es verlangt. So ist es bezüglich einer mit den hier besprochenen Fällen verwandten Thatbestandsgruppe geschehen im Art. 55 des H.G.B. Daß die in diesem Artikel getroffene Bestimmung auch im gemeinen Recht Geltung habe, wie das Reichsgericht annimmt, ist in den Gründen zu der betreffenden Entscheidung (vom 17. März 1882, Entsch. Bd. 6 No. 60) in keiner Weise dargethan.

Durch das Gesagte wird sich die Behauptung rechtfertigen, daß das Princip, das negative Vertragsinteresse zuzubilligen, den Forderungen des praktischen Lebens allerdings gerecht zu werden vermag, soweit es sich um die Frage des „Wie viel" handelt. Es frägt sich aber noch weiter, ob die Ermittelung dieses negativen Vertragsinteresses nicht mit solchen

Schwierigkeiten verbunden ist, daß, wie Bähr meint (S. 424, vgl. Hartmann S. 20), die Rechtsprechung denselben nicht gewachsen ist.

In dieser Beziehung möchten wir zunächst principiell Folgendes bemerken. Für den praktischen Juristen ist die Praktikabilität allerdings eine eminent wichtige Sache, so wichtig, daß er sie leicht für die wichtigste halten und dann obenein das Complicirtere, Unbequemere einfach für unpraktikabel erklären mag. Wo es sich aber um latentes, aus der Natur des Verhältnisses erst zu findendes Recht handelt, da wird die erste Frage sein müssen: was ist gerecht? und nicht: was ist praktikabeler? Käme es nur auf die Praktikabilität an, so könnten wir nichts Besseres thun, als zum altrömischen ius civile mit seiner Formenstrenge zurückzukehren! Wenn es nun, wie wir gezeigt zu haben glauben, unter Umständen zu Ungerechtigkeit führen muß, wenn man nur die Alternative offen läßt, auf Erfüllung bezw. auf das Erfüllungsinteresse zu verurtheilen oder abzuweisen, so wird man das richtigere, weil gerechtere Princip um deswillen, weil bei seiner Durchführung im einzelnen Falle Schwierigkeiten sich ergeben können, nicht sofort aufgeben dürfen. Aehnliche Schwierigkeiten können sich ja auch beim Erfüllungsinteresse ergeben, insbesondere wenn es sich hier um den Beweis eines lucrum cessans handelt; es wird aber wohl Niemand mehr um deswillen die Meinung vertheidigen, daß man bei Bestimmung des Erfüllungsinteresses auf das lucrum cessans principiell keine Rücksicht zu nehmen habe.

Die von Bähr so sehr betonte Schwierigkeit einer Bestimmung des negativen Vertragsinteresses dürfte sodann in vielen Fällen ihren Grund darin haben, daß, abgesehen von erwachsenen Transportkosten u. dgl., ein Schaden überhaupt nicht entstanden ist, es wäre denn, daß man das Nichtzustande-

kommen des Geschäfts selbst schon als Schaden ansieht. Ein Theil der von Bähr herbeigezogenen Beispiele dürfte dies bestätigen. „Der Fabrikant, welchem eine Waare als ‚irrthümlich bestellt' zurückgeschickt wird, kann allerdings die Verpackungs- und Versendungskosten leicht berechnen. Aber wie soll er den Schaden darlegen, der ihm vielleicht durch die im Hinblick auf die Bestellung getroffenen Geschäftseinrichtungen (Ankäufe von Rohmaterial ꝛc.) erwachsen ist?" (Bähr, a. a. O. S. 423). Wir meinen: kann er das Rohmaterial für andere Bestellungen verwerthen, so hat er keinen Schaden; ist ihm dieses Material aber liegen geblieben und in Folge dessen werthlos oder minderwerthig geworden, so ist nicht abzusehen, warum sich dieser Schaden nicht sollte berechnen lassen. Dasselbe wird auch bezüglich anderer, von Bähr nicht näher angegebener Geschäftseinrichtungen sich sagen lassen. Ein anderes Beispiel Bähr's: „der Pretiosenhändler, dem ein aus seinem Laden entnommenes Stück ‚wegen Irrthums über den Preis' zurückgeschickt wird, könnte Entschädigung nur verlangen, wenn er nachwiese, daß inzwischen ein Anderer dieses Stück ihm zu gleichem Preise abgekauft haben würde. Aber wie soll er das beweisen, wenn das Stück nicht einmal mehr in seinem Laden zum Ausgebot gelegen hat?" Ist in der Zwischenzeit nach einem Stück der betreffenden Art keine Nachfrage gewesen, so müßte man, um zu der Vorstellung eines Schadens zu kommen, schon zu willkürlichen Suppositionen greifen; ist jenes aber der Fall gewesen, so kann die Sache unter Umständen ganz wohl danach angethan sein, um den Beweis, den Bähr verlangt, für erbracht ansehen zu können, auch wenn das Stück im Laden nicht mehr ausgelegen hat. Nur wird man sich bei solchem Beweis an hoher Wahrscheinlichkeit genügen lassen müssen und nicht einen Beweis von mathematischer Sicherheit fordern dürfen; mehr als einen

hohen Grad von Wahrscheinlichkeit haben die Römer gewiß auch nicht im Auge, wenn sie dem Vindicationskläger den Beweis nachlassen, daß er das während des Processes ohne dolus und culpa des Beklagten untergegangene Vindicationsobject bei rechtzeitiger Herausgabe verkauft haben würde (l. 15 § 3 R. V.).

Wie in dem letzten Falle, so scheint sich Bähr auch in andern die Schwierigkeit selbst geschaffen zu haben durch die Art, wie er die Beweisfrage handhabt. Würde in dem oben (S. 437) erwähnten Falle der Unterschrift einer nicht gelesenen Bürgschaftsurkunde der Gläubiger sagen: ich würde dem Schuldner, ohne die mir vorgelegte Verbürgungserklärung in Höhe von 600 Thlr. diese Summe gar nicht dargeliehen haben, so wird ein verständiger Richter dafür gar keinen Beweis verlangen, sondern höchstens dem Andern den Beweis nachlassen, daß der Gläubiger das Darlehen auch ohnedies gegeben hätte. Wurde aber die Bürgschaft erst nachher geleistet, und sagt der Gläubiger, um sein negatives Vertragsinteresse zu substanziren, etwa Folgendes: ich würde, wenn ich mich nicht auf den Bürgschein verlassen hätte, sofort gegen den damals noch zahlungsfähigen Schuldner Klage erhoben haben, so würden wir nicht mit Bähr fragen (S. 427): sind denn überhaupt solche Dinge, die möglicher Weise hätten geschehen können, zu erweisen? sondern wir würden sagen: was nach der Durchschnittserfahrung geschieht, von dem braucht nicht bewiesen zu werden, daß es auch in diesem concreten Falle geschehen wäre, sondern es muß im Gegegentheil bewiesen werden, daß es in dem concreten Falle gleichwohl nicht geschehen wäre. Es würde also genügen, wenn der Gläubiger beweisen würde, daß der Schuldner damals noch zahlungsfähig war. Hat er gleichwohl Bürgenstellung verlangt, so muß er an der Fortdauer der Zahlungsfähigkeit gezweifelt

haben, und dies rechtfertigt vollständig die Annahme, daß er vom Schuldner Zahlung verlangt hätte, wenn Bürgenstellung nicht erfolgt wäre.

Nach der Art, wie Bähr in seinen Beispielen sich ausdrückt — eine Waare wird „als irrthümlich bestellt", oder „wegen Irrthums über den Preis" zurückgeschickt — könnte man auf den Gedanken verfallen, der eine der Contrahenten brauche den Dissens nur zu behaupten, um den andern auf die Position des negativen Vertragsinteresses zurückzudrängen. Es ist aber zweifellos, daß er denselben — sofern die übereinstimmenden Vertragserklärungen außer Streit oder bewiesen sind — auch beweisen muß. Zuzugeben ist aber, daß auch das den Anforderungen des praktischen Bedürfnisses noch nicht genügt. Es wäre immerhin auch das noch ein mangelhafter Zustand, wenn eine auf Vertragserfüllung belangte Partei, die ohne allen Anhalt in der Erklärung selbst oder in den sie begleitenden Vorgängen oder sonstigen Umständen behauptet, sie habe etwas Anderes sagen wollen als was sie wirklich gesagt, oder sie habe mit dem vom Kläger gebrauchten Ausdruck einen ganz andern Sinn verbunden, als dieser [44]), über diese ihre Behauptung durch Eideszuschiebung an den Gegner Beweis antreten und so den Gegner zum Eide oder zu einer gefährlichen Relation des Eides zwingen könnte. Um dieses Übelstandes willen nun aber überall die äußere Erklärung entscheidend sein zu lassen, das hieße doch das Kind mit dem Bade ausschütten. Demselben muß auf processualem Wege begegnet werden, und sollte dies nicht möglich sein, so wäre das nur ein Grund, das Beweisrecht als unpraktisch zu bezeichnen.

---

44) Daß hier der Fall unter Umständen so liegen kann, daß die Partei mit ihrem Vorbringen gar nicht gehört wird, ist schon oben S. 454 f. bemerkt worden.

Wie stand es in dieser Hinsicht nach dem Civilproceßrecht zur Zeit der klassischen Juristen?

Es wird immer noch gelehrt, daß in iudicio die Eideszuschiebung über Thatsachen zulässig war, z. B. von Keller-Wach (röm. Civilproceß § 66 bei Note 765) und Bethmann-Hollweg (röm. Civ.Proc. II S. 583 f.). Allein der quellenmäßige Beweis für diese Behauptung steht auf sehr schwachen Füßen[45]. Jedenfalls wird man, wenn solche Eideszuschiebung vorkam, mit Bethmann-Hollweg a. a. O. daran festhalten müssen, daß sie für den Gegner nicht bindend und daß selbst die Annahme eines solchen Eides solange unpräjudicirlich war, als nicht der iudex diese Art der Beweisführung durch Interlocut gutgeheißen hatte. Dann hatte es aber mit der Zulassung von dergleichen Eiden über Thatsachen des inneren Bewußtseins in Rom gute Wege.

Für das heutige gemeine Recht haben wir die ganz vernünftige Bestimmung des § 410 der Civilproceßordnung, wonach die Eideszuschiebung nur zulässig ist über Thatsachen,

---

45) Als Hauptbeweisstellen werden die folgenden citirt:

a) l. 25 § 3 de probat. (22,3). Dieser § 3 ist, wie die ganze l. 25 cit. stark interpolirt; die von Bethmann-Hollweg besonders beanstandeten Worte: prius ipso pro calumnia iurante und iure referendae religionis ei servando tragen ein specielles Interpolationsmerkmal an sich, vgl. Zeitschr. der Sav. Stiftung VII, roman. Abth. S. 23 f. (No. III) und S. 29.

b) Die l. 34 § 8, 9 de iureiur. (12,2) wird von Manchen gleichfalls für interpolirt gehalten. Ist sie es nicht, so ist sie jedenfalls mehrfacher Deutung fähig, insbesondere ist ein Eid de iure gar nicht ausgeschlossen.

c) In l. 21 de dolo (4,3) kann die Beziehung auf einen Eid über Thatsachen nur in den Worten postea periurium fuerit adprobatum gefunden werden. Indeß ist auch bei dem Eide de iure ein periurium möglich und unter Umständen beweisbar; sodann ist auch diese Stelle interpolationsverdächtig, vgl. namentlich in eum statt des vom Zusammenhang geforderten in te, und betreffs des adprobatum Gradenwitz in Zeitschr. d. Sav. Stift. VII rom. Abth. S. 78 ff., speciell S. 82.

welche in Handlungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen, oder welche Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind. In Folge dieses Beweisrechtssatzes kann es ganz wohl vorkommen, daß Jemand, der in der That nicht consentirt hat, und den nicht einmal eine culpa trifft, einen Vertrag erfüllen bezw. das Erfüllungsinteresse prästiren muß. Man wird einem solchen Falle gegenüber mit Recht sagen, derartige Vorkommnisse seien nicht zu vermeiden, auch das beste Recht könne an der Unmöglichkeit des Beweises Schiffbruch leiden und es verschlage am Ende wenig, ob diese Unmöglichkeit eine factische sei oder auf einem Beweisrechtssatz beruhe — wofern dieser Beweisrechtssatz nur im Allgemeinen wohl begründet sei. Mit solcher Erwägung wird man sich aber ebenso auch dann zufrieden geben müssen, wenn es ab und zu, was ja recht wohl möglich ist, vorkommt, daß Jemand, dem das objective Recht im Princip einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse zuerkennt, wegen der Schwierigkeit des Beweises seinen Schaden nicht voll ersetzt bekommt.

Nach alle dem sind wir hinsichtlich der Praktikabilität der im Vorstehenden vertheidigten Lehre ganz beruhigt. Wir sind dabei in der Lage, uns auf die Autorität eines längst dahingegangenen, aber in neuester Zeit erst allgemein die ihm gebührende Anerkennung findenden Praktikers zu berufen. Suarez hat für Fälle, wie sie uns beschäftigen, ebenfalls die Prästation des negativen Vertragsinteresses für ausreichend und doch auch wohl für praktikabel erachtet, als er zur Begründung der §§ 75—80 Thl. I Tit. 4 des preußischen allgem. Landrechts Folgendes schrieb (abgedruckt in den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 8 S. 254):

„Diese Sätze sind neu, ich halte sie aber für nothwendig. Die Digesten sagen: error qui evitari potuit et

debuit erranti nocet. Dieser Satz ist richtig, es folgt aber daraus nicht, daß der Contract selbst, wozu Jemand durch einen solchen Irrthum verleitet ist, giltig sei: das kann niemals angenommen werden, weil immer ein defectus in consensu da ist, der error mag vincibilis oder invincibilis sein; aber das folgt daraus, daß ein solcher Irrender den andern Theil indemnisiren muß, der den Irrthum nicht gewußt und auf seine Willenserklärung sich verlassen und seine Maßnahmen danach getroffen hat."

Frommann'sche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 331



Frommann'sche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 331

